



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.390.110 - PR (2013/0220910-4)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : **JOÃO HENRIQUE FERREIRA DA SILVA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Considerando que a sentença condenatória restabelecida levou em consideração a natureza da droga apreendida (cocaína) na primeira fase da dosimetria da pena e sua quantidade (3.295g) para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar de 1/3 (um terço), não há que se falar em *bis in idem*.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.390.110 - PR (2013/0220910-4)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão de fls. 772-775, proferida nos termos da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. GRAU DE REDUÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA DA DROGA (COCAÍNA). QUANTIDADE APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

O agravante alega, em síntese, que "a quantidade e natureza da droga apreendida deve ser considerada na primeira fase da individualização da pena, sendo impróprio invocá-las como causa de diminuição de pena, sob pena de *bis in idem*" (fl. 791).

Aduz, por fim, que "não só preencheu todos os requisitos constantes no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, como também, dentro da análise das circunstâncias contidas no art. 59 do Código Penal, todas as vetoriais foram positivas, afora a questão da própria droga, o que ensejaria a aplicação da minorante em seu grau máximo (2/3)" (fl. 791).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.390.110 - PR (2013/0220910-4)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE(RELATOR):

O recurso não merece provimento.

Com efeito, não obstante os esmerados argumentos expendidos pelo agravante, estes não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão agravada:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Colhe-se dos autos que o recorrido foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06 à pena de 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 427 (quatrocentos e vinte e sete) dias-multa.

Em apelação defensiva, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu parcial provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ARTIGO 33, *CAPUT*, C/C ART. 40, I DA LEI Nº 11.343/2006. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 42 E 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE DUPLO EXAME DO VETOR. RISCO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO DADO À QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA (3 KG) DE COCAÍNA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NÃO-ADMITIDA.

Consoante precedentes do STF (HC 108120, 1ª Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 17-11-2011 e HC 106313, 2ª Turma, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 08-4-2011), inviável o duplo exame dos vetores do art. 42 e 33, § 4º, da Lei nº 11.434/06, sob pena de violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal,

entenda possível, em tese, a fixação do regime menos gravoso para os condenados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, em casos de relevante quantidade, e consoante a qualidade, da droga apreendida, deve ser dada negativa ao abrandamento do regime inicial, bem como pela impossibilidade da substituição da pena por restritiva de direitos. Precedente do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ.

No recurso especial, o recorrente alega, em síntese, negativa de vigência aos arts. 42 da Lei nº 11.343/06 e 59 do Código Penal, ao argumento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida são fatores que podem afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 ou, ainda, estabelecer a sua fração no mínimo legal.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso.

Brevemente relatado, decido.

A irresignação merece prosperar.

Com efeito, sobre a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, depreende-se dos autos que o recorrido transportava 3.295 g (três mil, duzentos e noventa e cinco gramas) de cocaína, na forma de base, do Paraguai para o Brasil.

Assim, face à natureza e à quantidade de droga apreendida, a referida minorante não pode ser aplicada em seu patamar máximo. É que o art. 42 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar essas circunstâncias não só na fixação da pena-base, mas também na aplicação do redutor, que, na espécie, deve incidir em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços). Vale ressaltar que não se trata de violação ao princípio do *ne bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 7 DESTA CORTE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ARTS. 59 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N.º 11.343/06. QUANTIDADE DA DROGA. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. ART. 42 DA LEI N.º 11.343/06. QUANTIDADE DA DROGA. PARÂMETRO QUE PODE SER UTILIZADO NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E NA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. (...)

2. O art. 42 da Lei de Tóxicos é expresso no sentido de que o "juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto". Assim, é evidente que a majoração da pena-base encontra-se devidamente fundamentada, em especial, em face da quantidade de droga apreendida: 450,5g (quatrocentos e cinquenta gramas e cinco decigramas) de cocaína.

3. O critério contido no art. 42 da Lei n.º 11.343/06 deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas de modo adequado. Não se trata de *bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

momentos distintos.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp nº 410869/ES, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe 26/02/2014)

Revela-se razoável, portanto, a redução da pena aplicada na sentença em grau médio, ou seja, na fração de 1/3 (um terço), mesmo porque a alta toxicidade e dependência provocada pela cocaína exigem maior rigor em sua repressão.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

A - HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA DAS DROGAS. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza das drogas apreendidas - cocaína e crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º

11.343/2006. O *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. *Habeas corpus* não conhecido. (HC nº 282413/RS, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 04/04/2014)

B - HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO MÍNIMA DE REDUÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS (1,86 G DE MACONHA E 485, 47 G DE COCAÍNA). REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. INVIABILIDADE DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS E CONCESSÃO DE SURSIS. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

casos de flagrante constrangimento ilegal.

- Não é possível conhecer do pedido de absolvição ou de desclassificação em sede de habeas corpus, tendo em vista que a desconstituição do que ficou estabelecido ensejaria o reexame aprofundado de todo conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional, que é caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.

- Tendo a pena-base sido fixada de forma fundamentada em elementos idôneos, observando-se o princípio da proporcionalidade, não há constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do writ.

- O Tribunal *a quo* aplicou a causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006) no patamar de 1/6 (um sexto), levando-se em conta a natureza e a quantidade de droga apreendida.

- Mantida a condenação em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, não há falar em aplicação do regime aberto, nem em substituição da pena por restritiva de direitos e sursis, nos termos dos arts. 44 e 77 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. (HC nº 176675/MG, Relatora a Ministra **MARILZA MAYNARD** - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE, DJe 03/02/2014)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença de primeiro grau.

Por fim, ao contrário do que alega o agravante, ressalto que não há violação ao princípio do *non bis in idem*, uma vez que a sentença condenatória restabelecida (fls. 537-550) considerou a natureza da droga (cocaína) na primeira fase da dosimetria da pena e sua quantidade (3.295g) para fins de determinação do patamar de redução pela aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0220910-4 **AgRg no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.390.110 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 30112 3012012 50031308420124047002 50039422920124047000 50042211520124047002
50045035320124047002 50050911720124040000 50067094020124047002
50067319220124047101 50272604720124047000 50274025120124047000
PR-50031308420124047002 PR-50039422920124047002 PR-50042211520124047002
PR-50045035320124047002 PR-50067094020124047002 PR-50272604720124047000
PR-50274025120124047000 RS-50067319220124047101
TRF4-50050911720124040000

EM MESA

JULGADO: 21/08/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : JOÃO HENRIQUE FERREIRA DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
CORRÉU : RODRIGO SILVA DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JOÃO HENRIQUE FERREIRA DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.