



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.376.334 - PR (2013/0117115-7)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
AGRAVANTE : ELIODORO RAMON IBAÑEZ ZARACHO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA (34kg DE MACONHA). APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A quantidade e qualidade da droga apreendida podem, em análise conjunta com os demais elementos constantes do processo criminal, interferir na escolha do percentual de redução pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, assim como na fixação do regime prisional e na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. Na hipótese dos autos, diante da expressiva quantidade de droga apreendida – 34kg (trinta e quatro quilos) de maconha –, a decisão agravada restabeleceu a sentença condenatória que fixou o patamar de 1/2 (metade) para aplicação da causa de diminuição de pena, bem como estabeleceu o regime prisional mais gravoso e indeferiu o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3. 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 1.376.334 - PR (2013/0117115-7)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto por Eliodoro Ramon Ibañez Zaracho contra a decisão de fls. 1.162-1.167, assim ementada:

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. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (34kg DE MACONHA). APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

O agravante sustenta, em síntese, que a análise do caso concreto encontra óbice na Súmula 7/STJ, pois demanda reexame de fatos e provas dos autos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.376.334 - PR (2013/0117115-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE(RELATOR):

O recurso não merece provimento.

Com efeito, ao contrário do que sustenta o agravante, a análise do caso não demanda reexame do conjunto fático-probatório, mas apenas a valoração dos fatos incontroversos narrados nos autos, razão pela qual não incide o óbice da Súmula 7/STJ.

Diante desse contexto, observa-se que o argumento expendido pelo agravante não tem o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão agravada, que ora submeto a este Colegiado:

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 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa.

Em apelação defensiva, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, deu parcial provimento ao recurso para, na terceira fase, reduzir a pena em 2/3 (dois terços), fixar o regime aberto e substituir a pena por restritivas de direitos, em acórdão assim ementado:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33, *CAPUT*, C/C ARTIGO 40, INCISO I, AMBOS DA LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. ARTIGO 42 DA LEI ANTIDROGAS. CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA ETAPAS. *BIS IN IDEM*. CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/2006. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. Configura *bis in idem* a dupla consideração da quantidade e da natureza da droga na primeira e na terceira etapas da dosimetria, nos termos do entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal. Presentes duas interpretações acerca da matéria, aplica-se aquela que se revela mais favorável ao réu, no caso a de que o artigo 42 da lei de regência tem sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência restrita à primeira fase da fixação da pena.

2. São negativas as consequências do crime, tendo em vista que o réu utilizou, na prática delitiva, a fim de assegurar o seu êxito, duas pessoas inocentes, que ficaram presas indevidamente.

3. Declarada a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, no tocante à obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade, deve ser fixado, *in casu*, o regime aberto para cumprimento da sanção.

4. Preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, e considerando-se que a quantidade do entorpecente apreendido é elevada, embora não o suficiente para impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, deve o referido benefício ser concedido.

No recurso especial, pretende o recorrente o afastamento da redução na fração de 2/3 por força da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, a fixação de regime prisional mais gravoso em razão da quantidade da droga traficada e o indeferimento da substituição da pena.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 1149/1160).

Brevemente relatado, decido.

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 34 kg (trinta e quatro quilos) de maconha.

Assim, face à grande 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, fração de 1/2, tendo em vista a elevada quantidade de droga apreendida em poder do recorrido - 34 kg (trinta e quatro quilos) de maconha.

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. QUANTIDADE DA DROGA. FIXADO REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

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 quantidade da droga apreendida

- 46 invólucros de maconha - 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. (...)

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e o fundamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

referente à gravidade in abstracto do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

(HC nº 249349/SP, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 24/03/2014)

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.

- (...)

- 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)

Passo a analisar o pleito de fixação do regime fechado.

Cumprе ressaltar que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucional do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, bem como de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, afastando a obrigatoriedade do início de cumprimento da pena no regime fechado, bem como a impossibilidade da conversão da sanção corporal em restritivas de direitos nos casos de crime de tráfico de entorpecentes.

Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e quanto à substituição da pena privativa, o contido no art. 44 do mesmo diploma legal.

No caso, não obstante o **quantum** da pena definitiva - ora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restabelecida em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, - autorize, em tese, a fixação do regime aberto, o acórdão recorrido também merece ser reformado nesse ponto.

Isso porque, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 8 (oito) anos, o regime fechado é o mais adequado, levando-se em conta a elevada quantidade da droga apreendida - 34 kg (trinta e quatro quilos) de maconha, bem como a presença de circunstâncias judiciais negativas, conforme enfatizou o juiz singular.

Pelo mesmo motivo, entendo inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, EM PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. CABIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (3,190 KG DE PASTA-BASE DE COCAÍNA). ILEGALIDADE INEXISTENTE. (...) 2. A partir da interpretação das disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há nenhum constrangimento ilegal no ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de diminuição de pena, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, especialmente a natureza e a quantidade de droga apreendida (3,190 kg de pasta-base de cocaína - fl. 58), o que justifica uma maior reprimenda penal e impede, por sua vez, a aplicação da fração de 2/3, como pretendido. 3. É possível a fixação de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, levando-se em consideração a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 240.751/ES, relator o Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, DJe 01/08/2013)*

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. 1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso. 2. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes. 3. No caso, apesar do reconhecimento da primariedade e dos bons antecedentes, a grande quantidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente - 99 (noventa e nove) pedras de crack - autoriza o estabelecimento do regime fechado para o início da expiação. 4. Dentro das mesmas balizas, penso não ser socialmente recomendável o deferimento da substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos. 5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1248388/SC, Relator Ministro **OG FERNANDES**, DJe 29/08/2011)

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

Publique-se.

Intimem-se.

Por essas razões, mantenho a decisão agravada e nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0117115-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no Resp 1.376.334 / PR**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50021962020124047005 50023729620124047005 50031628020124047005
50068805120124040000 PR-50021962020124047005 PR-50023729620124047005
PR-50031628020124047005 TRF4-50068805120124040000

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 : ELIODORO RAMON IBAÑEZ ZARACHO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
CORRÉU : ALNARDO GONÇALVES DA CRUZ
CORRÉU : DALVINA GONÇALVES ANTUNES

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 : ELIODORO RAMON IBAÑEZ ZARACHO
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.