



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 713.861 - MT (2015/0122987-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : JAIR FERREIRA DE MORAES
AGRAVANTE : FRANCISCO SILVA NETO
AGRAVANTE : ADAN VACA MELGAR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 59 DO CP. PENA BASE. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MODULAÇÃO DO PATAMAR. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. TESE JURÍDICA DE OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "Tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal." (RHC 101576, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, PUBLIC 14-08-2012)
2. "Esta Corte firmou jurisprudência no sentido da possibilidade de fixação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços), em razão da qualidade e da quantidade de droga apreendida". (AgRg no REsp 1.349.370/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 28/06/2013)
3. "O intuito de debater novos temas, por meio de agravo regimental, não trazidos inicialmente no recurso especial, se reveste de indevida inovação recursal, não sendo viável, portanto, a análise, ainda que se trate de matéria de ordem pública, porquanto imprescindível a prévia irrisignação no momento oportuno e o efetivo debate sobre os temas". (AgRg no AREsp 401.770/PI, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 12/11/2013)
4. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 18 de junho de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 713.861 - MT (2015/0122987-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : JAIR FERREIRA DE MORAES
AGRAVANTE : FRANCISCO SILVA NETO
AGRAVANTE : ADAN VACA MELGAR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

Trata-se de agravo regimental interposto pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, em favor de JAIR FERREIRA DE MORAES, FRANCISCO SILVA NETO e ADAN VACA MELGAR, contra decisão monocrática, de minha lavra, que negou provimento ao agravo em recurso especial. O aresto restou ementado nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 59 DO CP. PENA BASE. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MODULAÇÃO DO PATAMAR. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (fls. 679/685)

Sustentam os recorrentes, às fls. 695/703, que "a dosimetria da pena realizada pelas instâncias ordinárias viola de forma indireta o princípio do *ne bis in idem*". Outrossim, reiteram que "a pena prevista para o tráfico de drogas varia de 05 a 15 anos de reclusão, sendo o termo médio 10 anos", de modo que "ainda que tenha se utilizado apenas da natureza da droga, o aumento em 01 ano mostra-se desproporcional, já que todas as demais circunstâncias são favoráveis aos recorrentes".

Por fim, salientam que "não se aplica ao presente caso o conteúdo da Súmula 83/STJ, no que diz respeito à incidência do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, já que em todos os julgados desta Corte, seguindo orientação do STF, inclusive, os colacionados pela decisão monocrática, deixam claro que a quantidade e qualidade da droga devem ser utilizadas em apenas uma fase da dosimetria da pena, sem possibilidade de cisão entre elas".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 713.861 - MT (2015/0122987-0)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 59 DO CP. PENA BASE. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MODULAÇÃO DO PATAMAR. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. TESE JURÍDICA DE OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "Tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal." (RHC 101576, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, PUBLIC 14-08-2012)

2. "Esta Corte firmou jurisprudência no sentido da possibilidade de fixação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços), em razão da qualidade e da quantidade de droga apreendida". (AgRg no REsp 1.349.370/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 28/06/2013)

3. "O intuito de debater novos temas, por meio de agravo regimental, não trazidos inicialmente no recurso especial, se reveste de indevida inovação recursal, não sendo viável, portanto, a análise, ainda que se trate de matéria de ordem pública, porquanto imprescindível a prévia irresignação no momento oportuno e o efetivo debate sobre os temas". (AgRg no AREsp 401.770/PI, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 12/11/2013)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, nos termos do assentado no *decisum* monocrático, em relação à indicada ofensa ao artigo 59 do Código Penal, alegada pelos recorrentes JAIR FERREIRA DE MORAES e FRANCISCO SILVA NETO, no que pertine ao suposto exagero da Corte de origem na fixação da pena-base dos recorrentes, 1 ano acima do mínimo legal, com base em uma única vetorial desfavorável, não merece prosperar a irresignação dos recorrentes.

Isso porque, na linha do entendimento esposado por reiterados precedentes deste Tribunal, é permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivado.

Nesse sentido, consignou o Supremo Tribunal Federal que "tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal." (RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012).

Em assim sendo, ainda que presente apenas uma circunstância negativa, sua especial gravidade em concreto, *in casu*, a natureza da droga apreendida, - cocaína - conforme restou bem evidenciado pelo aresto recorrido, pode justificar um aumento mais rigoroso da reprimenda básica. Nessa linha de raciocínio seguem os julgados dessa Corte:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. APROPRIAÇÃO E DESVIO DE VERBA PÚBLICA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. PREFEITO. DECRETO-LEI N. 201/67. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL OU OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. BIS IN IDEM. REPARAÇÃO CIVIL. ART. 387, IV, DO CPP. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Ainda que presentes apenas uma ou duas circunstâncias judiciais negativas, sua especial gravidade em concreto pode justificar um aumento mais rigoroso da pena-base. De toda forma, não há falar em desproporcionalidade em razão da majoração da pena-base, pela presença de duas circunstâncias judiciais negativas, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses acima da pena mínima legal, em delito cujas penas variam de 02 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão".

(...)

(AgRg no REsp 1422038/AL, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 27/02/2015)

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL 3. TRÁFICO DE DROGAS. 4. REDUÇÃO DA PENA-BASE. MAJORAÇÃO FUNDAMENTADA EM FATOS CONCRETOS. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 5. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. INADEQUAÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 6. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. OCORRÊNCIA. 7. CAUSA DE AUMENTO DECORRENTE DA TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. PROPORCIONALIDADE DA FRAÇÃO ADOTADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.
8. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

2. A pena-base foi fixada um pouco acima do mínimo legal (1 ano) de forma fundamentada, destacando as instâncias ordinárias a quantidade e a natureza da droga apreendida - qual seja, 1.118 kg (um quilo e cento e dezoito gramas) de cocaína -, fatos concretos que autorizam a majoração da reprimenda inicial no patamar adotado, respeitados os limites de discricionariedade do magistrado, inexistindo, no ponto, flagrante constrangimento ilegal a ser sanado.

(...)

6. *Habeas corpus* não conhecido".

(HC 205.664/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 03/09/2013)

Outrossim, assim como consignado no *decisum* recorrido, no que tange ao grau de redução da causa especial de diminuição prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, considerado violado pelos recorrentes JAIR FERREIRA DE MORAES e ADAN VACA MELGAR, tem-se que a matéria debatida encontra-se pacificada nesta Corte Superior nos termos do que decidido pelo Tribunal de origem. De fato, observa-se que a Corte *a quo* aplicou o percentual de 2/5 na causa especial de diminuição de pena prevista na Lei de Drogas, sob os seguintes fundamentos:

"Não pairam dúvidas de que o apelante Adan Vaca Melgar faz jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois preenche as condições lá exigidas - primariedade, bons antecedentes, não se dedicava à atividades criminosas, nem integra organização criminosa.

Contudo, o *quantum* dessa redução, que pode variar de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), depende da regra específica contida no art. 42 da mesma Lei, que traz circunstâncias preponderantes às previstas no art. 59 do CP.

(...)

Por isso, entendo correta e justa a aplicação da fração imposta pelo magistrado, de 2/5 (dois quintos), em razão da quantidade de droga apreendida (2.070g), pois a natureza da droga não pode ser considerada nesta fase para não haver *bis in idem*, já que foi considerada na primeira fase para elevar a culpabilidade. Passo a reprimenda, portanto, para 3 (três) anos e 5 (cinco) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 330 (trezentos e trinta) dias-multa" (fl. 574).

A mesma fundamentação foi utilizada para reduzir a pena do recorrente JAIR FERREIRA DE MORAES em 2/5 (dois quintos) (fls. 575/576).

Dessa forma, constata-se que o entendimento adotado pelo acórdão recorrido guarda fina sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior sobre a matéria. Em verdade, "esta Corte firmou jurisprudência no sentido da possibilidade de fixação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terços), em razão da qualidade e da quantidade de droga apreendida" (AgRg no REsp 1.349.370/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 28/06/2013). *In casu*, a quantidade da droga apreendida (2.070g - dois mil e setenta gramas), constitui fundamento idôneo a manter o percentual no importe de 2/5, nos termos do assentado no aresto vergastado. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão da grande quantidade de droga apreendida (64.235 gramas de "maconha"), bem como pelas circunstâncias da prática do delito, de modo a demonstrar que o grupo estava "razoavelmente preparado para inúmeros embarques de droga para outras cidades". 2. **O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.** 3. Não se trata de violação ao princípio do *non bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos. 4. Na espécie, a quantidade da droga apreendida - 64.235 gramas de "maconha" - justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime. 5. Não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória. 6. Não há julgamento extra petita quando o Tribunal, acolhendo as razões apresentadas pela parte recorrente, como verificado na hipótese, dá provimento ao recurso, acrescendo-lhe outros fundamentos. 7. Ordem denegada. (HC 186.549/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 29/03/2012)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA REDUZIDA NO MÍNIMO LEGAL (§ 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006) COM BASE NA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE (171 INVÓLUCROS DE COCAÍNA). ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCONSTITUCIONALIDADE DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC 111.840). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. - (...) - 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 expressiva quantidade de droga apreendida (171 invólucros de cocaína), bem como o fato de o paciente ser o gerente do ponto de tráfico de drogas. - **O acórdão está de acordo com o entendimento desta Corte de que o juiz, na aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, deve levar em consideração a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006. Precedentes: AgRg no HC 247.019/ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 25.3.2013; HC 221.761/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T. DJe 14/06/2013).** - Estando devidamente fundamentado o *quantum* de redução da pena, é inviável, em sede de *habeas corpus*, a sua alteração, tendo em vista a necessidade de revolvimento de fatos e provas. Precedente: HC 173.511/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 22.2.2012. - Fixado o regime inicial fechado com base no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES, julgado em 27/6/2012), cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime inicial adequado para o paciente. Precedentes: AgRg no HC 257.178/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 6ª Turma, DJe 23.9.2013; HC 226.064/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 24.4.2013. - Mantida a condenação em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, não há falar em substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena." (HC 271.924/SP, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, DJe 10/12/2013)

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica. 2. **A jurisprudência firmou o entendimento no sentido de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas. 3. Não se vislumbra nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a fração de 1/3 de diminuição de pena, visto que a Corte estadual fundamentou concretamente a aplicação da minorante, no patamar de 1/3, na quantidade e na natureza da droga apreendida (28 gramas de crack). 4. Uma vez que foi apresentada fundamentação idônea e suficiente para a aplicação da fração de 1/3 de redução de pena, mostra-se inviável a aplicação da minorante em questão no maior patamar previsto em lei, como pretendido. 5. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 252.178/MG, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 28/10/2013)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PREPONDERÂNCIA. VETORES UTILIZADOS PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE E ESCOLHA DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. POSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIDO O REQUISITO PREVISTO NO ART. 44, I DO CÓDIGO PENAL. 1. **Consoante firme entendimento desta Corte, a quantidade e a qualidade da droga preponderam tanto no momento de fixação da pena-base quanto para fins de determinação do patamar de redução pela aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006.** Precedentes. 2. Logo, considerando-se a apreensão, na espécie, de 1.950kg de cocaína, assim como que a ponderação das circunstâncias judiciais não configura mera operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma, mostra-se justificado o aumento em 1/4 da pena-base e a diminuição em apenas 1/3 na terceira etapa da dosimetria. 3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que não há *bis in idem* na consideração da quantidade e natureza da droga apreendida tanto para agravar a pena-base quanto para negar redução a maior por aplicação da minorante referida. 4. Inviável o pleito de substituição da pena corporal por sanção restritiva, pois não satisfeito o requisito objetivo previsto no art. 44, I do Código Penal diante da pena definitiva aplicada. (...)" (AgRg no REsp 1.339.089/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 25/09/2013)

Dessarte, no que toca à apontada afronta ao artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, verifica-se que está pacificada a jurisprudência nesta Corte, sendo aplicável, portanto, a orientação prevista no enunciado 83 deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". Importante destacar que referida orientação se aplica tanto no que concerne aos recursos interpostos com base na alínea "c" quanto com base na alínea "a" do permissivo constitucional.

Por fim, quanto à tese jurídica de suposta ocorrência de *bis in idem* na dosimetria da pena, observa-se que referida matéria não consta no petitório de recurso especial, momento processual este oportuno para tanto, e só foi aventada agora, por ocasião



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da interposição do agravo regimental. Entretanto, há que se ressaltar que "o intuito de debater novos temas, por meio de agravo regimental, não trazidos inicialmente no recurso especial, se reveste de indevida inovação recursal, não sendo viável, portanto, a análise, ainda que se trate de matéria de ordem pública, porquanto imprescindível a prévia irresignação no momento oportuno e o efetivo debate sobre os temas". (AgRg no AREsp 401.770/PI, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 12/11/2013)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0122987-0

AgRg no
AREsp 713.861 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00033839620114013601 012911 01292011 05501497 1405501497 201405501497
22476420114013601 33839620114013601

EM MESA

JULGADO: 18/06/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JAIR FERREIRA DE MORAES
AGRAVANTE : FRANCISCO SILVA NETO
AGRAVANTE : ADAN VACA MELGAR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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 : JAIR FERREIRA DE MORAES
AGRAVANTE : FRANCISCO SILVA NETO
AGRAVANTE : ADAN VACA MELGAR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.