



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Edição nº 186/2014 - São Paulo, terça-feira, 14 de outubro de 2014

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I – TRF

Subsecretaria da 1ª Seção

Acórdão 12053/2014

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0013338-12.2011.4.03.6119/SP
2011.61.19.013338-6/SP

RELATOR : Juiz Convocado MÁRCIO MESQUITA
EMBARGANTE : ARIEL VALBUENA DIAZ
ADVOGADO : SP127964 EUGENIO CARLO BALLIANO MALAVASI e outro
EMBARGADO(A) : Justiça Pública
CO-REU : ANA KAREN ROMAN MERCADO
ADVOGADO : SP253362 MARCELLO FERNANDES MARQUES e outro
CO-REU : DAVID LEOPOLDO RODRIGUEZ
ADVOGADO : LIVEA CARDOSO MANRIQUE DE ANDRADE (Int.Pessoal)
: SP0000DPU DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal)
CO-REU : ETTEBINI BECHIR
ADVOGADO : SP262036 DIEGO DOS ANJOS ELIAS ANTONIO e outro
No. ORIG. : 00133381220114036119 5 Vr GUARULHOS/SP

EMENTA

PENAL - PROCESSUAL PENAL - EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS - CONSIDERAÇÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E DA ESPECIFICIDADE DO ENTORPECENTE NA DETERMINAÇÃO DO PATAMAR DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA PELO §4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 - POSSIBILIDADE - PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO QUANTO AO PATAMAR DE DIMINUIÇÃO - MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO FIXADO PELO VOTO VENCEDOR - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A divergência restringe-se ao patamar da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, fixado na terceira fase da dosimetria da pena em 1/6, e ao regime inicial de cumprimento da pena, estabelecido no fechado.
2. Entendimento pessoal do Relator no sentido de que a natureza e a quantidade da droga devem ser consideradas pelo Juiz na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, ou seja, na determinação da pena-base e do *quantum* da diminuição da pena, em razão da aplicação da causa de diminuição do §3º do art. 33 da Lei de Drogas, sem que tal proceder constitua indevido *bis in idem*.
3. Ressalva de que a questão encontrou solução diversa pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, inclusive em regime de repercussão geral: STF, ARE 666334 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014.
4. De acordo com o posicionamento do STF, uma vez que se considerou a natureza e a quantidade da droga para fixação da pena-base, inviável o seu cômputo na fixação do patamar da causa de diminuição do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, sob pena de se incorrer em *bis in idem*.
5. Nos estritos limites da divergência, afigura-se razoável a fixação do *quantum* da causa de diminuição de pena relativa ao tráfico ocasional no patamar de 5/12 - média entre os patamares mínimo e máximo, tal como consta do voto vencido, e não no patamar de 1/6, entendimento esposado no voto condutor.

6. Distinção entre a *natureza* de cada substância e a *especificidade* contida intrinsecamente também nas várias substâncias existentes.
7. Da *natureza* da droga extrai-se sua identidade objetiva, isto é, o estado constitutivo de sua matéria elementar, no caso o entorpecente: maconha, cocaína, LSD, haxixe etc. Da *especificidade* conhece-se as variações das qualidades intrínsecas de cada droga: no caso, sua qualidade como substância pura, misturada, com pouco ou aperfeiçoado refinamento, mais tóxica ou menos tóxica etc.
8. De acordo com a Lei, quando examinamos exclusivamente as identidades das drogas e suas *quantidades*, cada uma destas realidades propiciam uma dosimetria a ser feita pelo julgador conforme o art. 42. Por exemplo, os efeitos danosos que pode acarretar a droga cocaína por um juízo e a droga cannabis sativa, por outro, fixando-se, assim, determinada pena base (art. 42). Daí porque este dispositivo da Lei de Tóxico, compele, à vista das distinções das referidas naturezas, tão somente, um aumento da pena base a ser aplicada.
9. De outro vértice, e ultrapassada a fixação do art. 42, quando a consideração se relativiza ao parágrafo 4º do art. 33 da mesma Lei, ao se aplicar os redutores deste parágrafo, o julgador opera a fixação da pena entre os parâmetros dos indicativos de 1/6 a 2/3. Nesta dosimetria última, porém, não há um guia legal recostando-se apenas nos elementos disponíveis nos autos.
10. Com efeito, no que diz respeito à quantidade de substância entorpecente, esta é, conforme observado, uma constatação objetiva, um elementar juízo de grandeza; de ser pequena, média ou grande quantidade da droga. Esta apreensão se exaure na ideia insólita que serve aos requisitos exclusivos da fase da aplicação da pena base (art. 42 da Lei n.º 11.343/06).
11. Nestes fundamentos estruturantes, a rigor, quando o julgador na terceira fase utiliza a *especificidade* da natureza da droga apreendida (já considerada a sua identidade no artigo 42), ou seja, analisa a cocaína (v.g.) com *específico* valor agregado, evidentemente, ainda que este réu não integre a organização criminosa a diminuição da pena deverá ser em patamar menor. Tal fundamentação não desafia o julgado do STF no ARE 666334, posto que disto não tratou.
12. Nos presentes embargos infringentes, aplica-se a recente jurisprudência do Supremo (*bis in idem*) apenas em relação ao item *quantidade* da droga.
13. Quanto ao início da pena, mantém-se o regime fechado porque a pena a ser aplicada ao tráfico deve servir como uma punição adequada e efetiva ao crime praticado.
14. Embargos infringentes parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento parcial aos embargos infringentes e de nulidade para acolher o percentual da causa de diminuição de pena de 5/12, fixando o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, nos termos do voto médio do Desembargador Federal Luiz Stefanini. Votaram acolhendo o percentual da causa de diminuição de pena o Juiz Federal Convocado Marcio Mesquita (Relator), os Desembargadores Federais Luiz Stefanini (com redução de fundamento) e Marcelo Saraiva (com redução de fundamento). Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, os Desembargadores Federais Peixoto Junior, Luiz Stefanini, Antonio Cedenho e Marcelo Saraiva votaram pela fixação do regime inicial fechado. O Juiz Federal Convocado (Relator) Marcio Mesquita e o Desembargador Federal Cotrim Guimarães votaram pela fixação de regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. Ausente, justificadamente, a Desembargadora Federal Cecilia Marcondes (presidente da Seção), por encontrar-se em gozo de férias.

São Paulo, 02 de outubro de 2014.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal
