



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.438.369 - SP (2013/0415993-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **CRISTINA MARIA DA SILVA AQUINO**
ADVOGADO : **JOSÉ CARLOS LOPES DE ARAÚJO**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. SÚMULA 7 DO STJ. REGIME OBRIGATÓRIO FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A orientação jurisprudencial dessa Corte é consolidada no sentido de que compete ao julgador, após a análise dos requisitos legais, verificar a viabilidade na aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como fixar a fração pertinente ao caso concreto.
2. Estabelecida a fração de 1/3 (um terço) pelas instâncias ordinárias após a análise fática, a sua alteração em sede de recurso especial encontra óbice na Súmula 7 do STJ.
3. Com o reconhecimento pelo STF, ainda que de forma incidental, da inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, afasta-se a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.
4. No caso, apesar de a ré ser primária e com bons antecedentes e de sua pena ter sido fixada abaixo do patamar do art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal, a variedade e a quantidade significativa de entorpecentes apreendidos recomendam o estabelecimento do regime semiaberto para o início da expiação.
5. Dá-se parcial provimento ao agravo regimental apenas para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 06 de agosto de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.438.369 - SP (2013/0415993-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por CRISTINA MARIA DA SILVA AQUINO contra decisão da lavra do em. Ministro Moura Ribeiro, então relator, proferida às fls. 645/649, que negou provimento ao recurso especial por ela interposto.

Na oportunidade, negou-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11343/2006, em fração mais benéfica, por aplicação da Súmula 7 do STJ, bem como afastou-se regime menos gravoso para o cumprimento de pena, ainda que tenha se fundado o tribunal no regime *ope legis* (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990).

Inconformada, a agravante reitera os pleitos recursais, aduzindo fazer jus à aplicação do redutor em seu patamar máximo, uma vez que preenche os seus requisitos objetivos, devendo o regime inicial de cumprimento da pena ser revisado para o aberto, na forma do art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal, não havendo circunstâncias a ensejar regime mais grave.

Pleiteia, ao fim, a reforma da decisão monocrática para que seja dado provimento ao especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.438.369 - SP (2013/0415993-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Assiste parcial razão ao recorrente.

Inicialmente, como é sabido, para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

O legislador, entretanto, não definiu os critérios a serem adotados pelo magistrado para a escolha do percentual de redução da pena. Dessa forma, compete ao Juiz de primeiro grau, dentro do seu livre convencimento motivado, considerar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para determinar o *quantum* de diminuição da reprimenda.

Na espécie, o Juízo de primeiro grau aplicou tal minorante em 1/3 (um terço), em razão da gravidade da conduta, visto que a agravante foi presa pelo envolvimento no tráfico de considerável quantidade de droga – 957 *ependorf* com material semelhante a cocaína, pesando 722,5g, 526 invólucros contendo maconha, pesando 1.139,3g, e um invólucro de plástico transparente encerrando pó branco, pesando 581g –, justificando, fundamentadamente, a escolha do percentual no patamar indicado.

Nesse contexto, não cabe aqui, em sede de recurso especial, reexaminar o juízo subjetivo de convencimento do Juiz sentenciante, se não se vislumbra nenhuma ofensa aos dispositivos de leis federais apontados pelo agravante, atraindo, assim, a incidência da Súmula 7 desta Corte.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. RECURSO INTERPOSTO PELAS ALÍNEAS A E C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. SÚMULA 284/STF. NÃO INCIDÊNCIA. ALEGADO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. CUSTÓDIA CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. RÉ PRESA EM FLAGRANTE E QUE PERMANECEU NESSA CONDIÇÃO DURANTE TODO O PROCESSO. PRETENDIDA FIXAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06 EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO NOS MOLDES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEGAIS E REGIMENTAIS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

4. In casu, embora o Tribunal de origem tenha concluído que a Agravante não integra a organização criminosa, entendeu que ela estava transportando a droga para bando criminoso internacional e, com base nas circunstâncias do caso, fixou a minorante no patamar de 1/6.

5. Estando a fração implementada proporcional e fundamentada, e não havendo ilegalidade patente na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, não pode esta Corte proceder à alteração do referido patamar sem revolver o acervo fático-probatório, providência incabível na via do recurso especial, a teor do óbice contido no verbete sumular n.º 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

6. A demonstração do dissídio jurisprudencial não se contenta com meras transcrições de ementas, sendo absolutamente indispensável o cotejo analítico nos moldes legais e regimentais.

7. Agravo regimental parcialmente provido, apenas para afastar a incidência da Súmula n.º 284/STF e, na sequência, negar seguimento ao recurso especial pelos demais fundamentos expostos no voto. (AgRg no REsp 1407114/SP, Relator Ministra LAURITA VAZ, Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, DJe 02/09/2014)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS ACLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR. (I) - REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. (II) - QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, § 2º, ALÍNEA "C", § 3º E 59, AMBOS DO CP. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou de diminuição de pena e a respectiva fração a ser aplicada, porquanto é vedado na instância especial o reexame de fatos e provas, a teor do enunciado 7 da Súmula deste STJ.

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. A quantidade de pena imposta ao recorrente - 04 anos e 02 meses de reclusão-, afasta a possibilidade de fixação do regime aberto para o desconto da reprimenda, em respeito ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no AREsp 463241/SC, Relator Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, DJe 04/04/2014)

Tem-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Esta Corte de Justiça, considerando as diretrizes dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, firmou compreensão no sentido de que, tratando-se de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se defesa a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, com base em considerações abstratas sobre a gravidade do delito (Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF).

No caso, apesar de a ré ser primária e com bons antecedentes e de sua pena ter sido fixada abaixo do patamar do art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal, a variedade e a quantidade significativa de entorpecentes apreendidos recomendam o estabelecimento do regime semiaberto para o início da expiação.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/1990 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IDENTIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CRITÉRIOS DOS §§ 2º E 3º DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL E DO ART. 42 DA LEI DE TÓXICOS. 2. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL. NÃO CABIMENTO. DIVERSIDADE E CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ELEVADO PODER LESIVO DAS SUBSTÂNCIAS. ADEQUAÇÃO E RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO NO CASO CONCRETO. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Habeas Corpus n. 111.840/ES, declarou incidentalmente e por maioria de votos, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Desta forma, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de delitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal e ainda do art. 42 da Lei de Tóxicos.

2. *In casu*, apesar de ter sido aplicada pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, haja vista a diversidade, quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas em poder da paciente - "foram apreendidos dois torrões de maconha, pesando 23, 5g; uma pedra de crack, pesando 49g; 33 pedras de crack envoltas em pacotinhos de plástico, pesando 10,7g" -, verifica-se que esses fatores não recomendam a aplicação do regime inicial mais brando, mostrando-se, assim, razoável e adequada a incidência do regime intermediário.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 257.971/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 11/03/2013)

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO SUPERADA PELO STF. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM FRAÇÃO MÁXIMA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. VERIFICAÇÃO. NECESSIDADE (ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006). FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. MEDIDA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

1. Apesar de o magistrado singular ter fixado a pena-base do paciente no mínimo legal e o Tribunal de origem ter aplicado a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar máximo, o regime inicial de cumprimento da pena fixado foi o mais rigoroso e não se possibilitou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. A vedação à substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos foi recentemente superada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que considerou inconstitucional o art. 44 da Lei n. 11.343/2006 na parte que veda a concessão do benefício (HC n. 97.256/RS, Ministro Ayres Britto, DJe 16/12/2010). A Corte Suprema tem superado, também, a obrigatoriedade de cumprimento da pena por tráfico em regime inicial fechado quando ausentes os requisitos que impõem o regime mais rigoroso. Esta Sexta Turma tem decidido no mesmo sentido.

3. A verificação do regime inicial de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos demandam a verificação da quantidade e natureza da droga apreendida em poder do acusado (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

4. Esta Turma tem firmado a orientação de que a diversidade ou a considerável quantidade da droga apreendida tornam inviáveis a fixação do regime inicial aberto e a aplicação de medida alternativa, não obstante o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, mostrando-se socialmente recomendável apenas a fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento da pena.

5. Ordem parcialmente concedida.

(HC 172.596/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 01/02/2012)

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo regimental, apenas para estabelecer o regime semiaberto para expiação da reprimenda.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0415993-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.438.369 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00280135020108260554 10592010 280135020108260554

EM MESA

JULGADO: 06/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CRISTINA MARIA DA SILVA AQUINO
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS LOPES DE ARAÚJO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : CRISTOVÃO CARVALHO DE LIMA
CORRÉU : DANIELA DOS REIS DE LIMA

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 : CRISTINA MARIA DA SILVA AQUINO
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS LOPES DE ARAÚJO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, deu parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator"

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.