



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 463.241 - SC
(2014/0013930-4)**

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : WILLIN EULÍPIA
ADVOGADOS : CAIRO LUCAS MACHADO PRATES
MARCELO GONZAGA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NOS ACLARATÓRIOS NO AGRADO 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. AGRADO 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. Agrado 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 agrado regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 18 de março de 2014(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 463.241 - SC
(2014/0013930-4)**

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : WILLIN EULIPIA
ADVOGADOS : CAIRO LUCAS MACHADO PRATES
MARCELO GONZAGA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por WILLIN EULIPIA, contra decisão monocrática, de minha lavra, que rejeitou embargos de declaração, estes opostos contra decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial. Confira-se as ementas:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO 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. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (fls. 2041/2050)

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NA DECISÃO EMBARGADA. EFEITO INFRINGENTE. INVIABILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. INADMISSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. (fls. 2062/2067)

Sustenta o agravante, às fls. 2081/2090, que "com relação ao óbice da Súmula n. 7, sinteticamente, Eminentes Ministros, não há que se falar em reexame do conjunto fático-probatório dos autos, porquanto a Defesa pleiteia em sede de recurso raro a cassação do aresto do egrégio Tribunal de Justiça Catarinense que contrariou e negou vigência à lei federal". Neste contexto, acrescenta que "não se trata do reexame do material probatório angariado aos autos, mas de uma reavaliação dos argumentos expostos no acórdão do Tribunal *a quo*".

Lado outro, quanto à incidência do enunciado 83 da Súmula deste STJ, quanto ao regime inicial para cumprimento de pena, assevera que "o referido entendimento, que há que se respeitar, vai de encontro com a mais atual e amplamente majoritária jurisprudência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outros Tribunais pátrios", sendo que "o egrégio Tribunal de Justiça Catarinense não aplicou o recente e moderno entendimento do Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da Carta da República, fixando o regime inicialmente fechado".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 463.241 - SC
(2014/0013930-4)**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS ACLARATÓRIOS NO AGRADO 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.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, nos termos do explicitado na decisão impugnada, quanto a alegada afronta ao artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sob o argumento de que o recorrente preenche todos os requisitos para a aplicação, no patamar máximo, da causa de diminuição de pena prevista no referido dispositivo, o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, se manifestou da seguinte forma (fl. 1746):

"Na hipótese, trata-se de réu primário e sem antecedentes criminais (fl.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

976). Não há elementos que permitam concluir integrar Willian organização criminosa, tampouco ficou evidenciada sua dedicação à atividade delitiva, de sorte que, preenchidos os requisitos legais, a concessão do benefício é medida que se impõe.

Cumprе esclarecer, no entanto, a legislação estabeleceu um patamar mínimo e máximo na diminuição a ser praticada com o fito de que, caso a caso, o julgador possa individualizar a pena.

Logo, deve o aplicador da lei, necessariamente, analisar a natureza e a quantidade da droga comercializada, bem como os efeitos causados em seus usuários, como forma de punir o indivíduo pela nocividade de sua conduta à sociedade e à saúde pública. (ACrim n. 2011.047758-0, de Laguna, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. em 20.3.2012).

(...)

Por conseguinte, diante da expressiva quantidade da substância apreendida (maconha - 4,00 Kg) e a sua diversidade (cocaína, ecstasy e LSC) mostra-se adequada a aplicação do patamar mínimo de redução, qual seja, 1/6 (um sexto)".

Desse modo, parece claro que, alterar o entendimento manifestado no acórdão recorrido somente seria possível a partir da incursão no arcabouço fático e probatório, procedimento incabível nas vias excepcionais.

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. Nesse contexto, verifica-se não possuir esta senda eleita espaço para a análise das matérias suscitadas pelo recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pelas instâncias anteriores.

De fato, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial.

Com efeito, não se mostra plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, a qual não pode ser considerada uma terceira instância recursal, para proceder à majoração da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Referida vedação encontra respaldo no enunciado nº 7 da súmula desta Corte, *verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". Confirmam, nesse sentido, os precedentes da Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. Não pode esta Corte Superior, que não constitui instância revisora, proceder à alteração da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, sem revolver o acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Agravo regimental improvido".

(AgRg no REsp 1362635/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 12/11/2013, DJe 28/11/2013).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. ALTERAÇÃO DO PATAMAR, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Se as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas coligidos aos autos, chegaram à conclusão de que a causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, foi aplicada no patamar correto, fizeram-no tendo por base o acervo probatório da causa. Diante disso, a inversão dessa conclusão, para entender-se equivocado o referido patamar, exigiria, inevitavelmente, o reexame dos contexto fático dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

II. (...)

III. Agravo Regimental improvido".

(AgRg no AREsp 226.851/RN, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, Julgado em 15/10/2013, DJe 12/11/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA E FRAUDE PROCESSUAL. ALEGADA OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA 284/STF. INCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA DELAÇÃO PREMIADA E PERDA DO CARGO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM*. POSSIBILIDADE. DIMINUIÇÃO DA PENA EM 1/2 (METADE). MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONCLUSÃO EM CONTRÁRIO. SÚMULA 7/STJ. PERDA DO CARGO PÚBLICO. DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO. VIA INADEQUADA. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO. PRESCRIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RELAÇÃO AO CRIME DE FRAUDE PROCESSUAL. DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS TERMOS DO ART. 61 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

(...)

3. A fixação da fração de redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) pela incidência da delação premiada descrita no art. 14 da Lei n.º 9.807/1999, encontra-se dentro do juízo de discricionariedade do órgão julgador. Na espécie, as instâncias ordinárias reduziram a reprimenda do agravante em 1/2 (metade), indeferindo a diminuição no patamar máximo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 2/3 (dois terços) diante da maior reprovabilidade da conduta, haja vista a prática de crime contra a Administração Pública que culminou em fuga de preso, posteriormente não encontrado. Logo, devidamente motivado a redução em 1/2 (metade).

4. Conclusão em sentido contrário quanto à maior ou menor reprovabilidade da conduta do agravante demandaria incursão no material fático-probatório dos autos, providência inviável na via do agravo e do recurso especial, conforme disposição da Súmula 7/STJ.

(...)

9. Agravo regimental a que se nega provimento. Contudo, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal, declaro extinta a punibilidade do agravante em relação ao crime de fraude processual pela prescrição superveniente da pretensão punitiva do Estado".

(AgRg no Ag 1.333.055/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013).

Ademais, nos termos do sublinhado no *decisum* agravado, ainda quanto à sustentada violação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tem-se que a matéria debatida pelo recorrente encontra-se pacificada nesta Corte Superior nos termos do que decidido pelo Tribunal de origem, incidindo, desse modo, a Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça.

De fato, destaca-se que "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).

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'.

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatória.

6. (...)

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 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.

- (...)"

(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. (...)

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 da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(...)"

(AgRg no REsp 1.339.089/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 25/09/2013).

Do mesmo modo, também incide a Súmula nº 83 do Superior Tribunal de Justiça, no que tange a aventada ofensa aos artigos 33, § 2º, alínea "c", § 3º e 59, do Código Penal, sob o fundamento de que o regime inicial de cumprimento da pena deveria ser o aberto.

In casu, o Tribunal de origem condenou o recorrente a pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, pela prática do delito de tráfico de drogas, a ser cumprida em regime inicial semi-aberto (fls. 1746/1747).

Desse modo, nota-se que o entendimento adotado pelo Tribunal *a quo* guarda fina sintonia com a jurisprudência consolidada neste Tribunal Superior, no sentido da inviabilidade de fixação do regime aberto aos condenados a pena superior a 4 (quatro) anos. Confirmam, nesse sentido, os precedentes da Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. PECULATO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONALIDADE. ANÁLISE EM RELAÇÃO A OUTRO DELITO. DESCABIMENTO. CAUSA DE AUMENTO. ART. 327, § 2º, DO CP. INCLUSÃO INDEVIDA. INOVAÇÃO RECURSAL. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS.

(...)

4. Sendo a reprimenda superior a 4 anos, inviável o pedido de fixação de regime aberto ou substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Agravo regimental improvido".

(AgRg no Ag 1.284.943/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgado em 21/03/2013, DJe 10/04/2013).

"(...)

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E IMPOSIÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. BENEFÍCIOS OBJETIVAMENTE INVIÁVEIS. PREJUDICIALIDADE DO MANDAMUS NESSES PONTOS.

1. Ausente ilegalidade na aplicação da pena do paciente no patamar fixado pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o *habeas corpus* no ponto em que almeja a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos e o estabelecimento do regime aberto para o início do resgate da sanção, pois objetivamente inviáveis na hipótese, de acordo com os arts. 44, I, e 33, § 2º, c, ambos do CP.

2. *Habeas corpus* não conhecido".

(HC 221.009/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 04/12/2012, DJe 14/12/2012).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/6. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL, NA ESPÉCIE, A FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

(...)

4. No caso dos autos, considerando o *quantum* da pena estabelecido e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime semiaberto -, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º do Código Penal, o qual dispõe que 'o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto'.

5. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 199.995/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Julgado em 13/11/2012, DJe 11/03/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(...)

4. A quantidade de pena imposta ao paciente - 04 anos e 08 meses de reclusão -, afasta a possibilidade de fixação do regime aberto para o desconto da reprimenda, em atenção ao disposto no art. 33, § 2º, incisos II e III, do Código Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no AREsp 109.788/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 23/10/2012, DJe 30/10/2012).

Dessarte, no que toca à apontada afronta aos artigos 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 e 33, § 2º, alínea "c", § 3º e 59, ambos do Código Penal, 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.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0013930-4

**AgRg nos EDcl no
AREsp 463.241 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 064110056268 20120863045 20120863045000100 20120863045000200
20120863045000300 20120863045000400 20120863045000500 20120863045000600
56267620118240064 64110056268

EM MESA

JULGADO: 18/03/2014

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. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	: WILLIN EULIPIA
ADVOGADOS	: MARCELO GONZAGA CAIRO LUCAS MACHADO PRATES
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
CORRÉU	: THAISE DANIELLE DA CONCEIÇÃO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
CORRÉU	: DAVI SCHROEDER
ADVOGADO	: ZENIR NEITZKE
CORRÉU	: LEONARDO BECKER DEMATTE
CORRÉU	: SINÉSIO BENEDITO FAQUERE JÚNIOR
CORRÉU	: LUCIANO ROSA
ADVOGADO	: MARCELO GONZAGA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: WILLIN EULIPIA
ADVOGADOS	: MARCELO GONZAGA CAIRO LUCAS MACHADO PRATES
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.