



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 597.966 - DF (2014/0263954-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**
AGRAVADO : **ISABELE LARISSA DO NASCIMENTO VIDAL**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL**

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA RECLUSIVA DE 4 ANOS E 8 MESES. REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE RECRUDESCIMENTO DO REGIME. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta o estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. O Tribunal de origem, soberano na análise do contexto factual, fixou o regime semiaberto para a pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, após percuciente análise das condições pessoais da agravada. De forma fundamentada, decidiu ser desproporcional a imposição do regime fechado, notadamente em se considerando a primariedade, os bons antecedentes e as circunstâncias preponderantes elencadas no art. 42 da Lei de Drogas, consistentes na personalidade e conduta social. Nesse contexto, inviável a revisão da referida conclusão em recurso especial, em razão de a pretensão esbarrar no óbice prescrito pela Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 28 de novembro de 2017 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 597.966 - DF (2014/0263954-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**
AGRAVADO : **ISABELE LARISSA DO NASCIMENTO VIDAL**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS contra decisão que conheceu do agravo a fim de não conhecer do recurso especial por ele interposto.

Consta dos autos que a agravada foi condenada, como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, às penas de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e de 220 dias-multa, tendo em vista que tentou ingressar nas dependências de um estabelecimento prisional com **50,10g** (cinquenta gramas e dez centigramas) de massa bruta de *crack*, divididos em duas porções. A pena privativa de liberdade foi substituída por sanções alternativas.

A apelação criminal do Ministério Público foi parcialmente provida para redimensionar as penas para 4 anos e 8 meses de reclusão e 440 dias-multa, cassando a substituição da pena por restritivas de direitos. O acórdão foi assim ementado (e-STJ fl. 204):

CRIMINAL. APELAÇÃO. TRAFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA BASE. AUMENTO. NÃO JUSTIFICATIVA. DIMINUIÇÃO CONSTANTE NO ART. 33, §4º DA LEI 11.343/06. PARÂMETROS. DIMINUIÇÃO EM GRAU INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme se verifica o douto Juízo a quo aumentou a pena base em 1 ano e 6 meses por causa da culpabilidade, das circunstâncias e pela quantidade e natureza das drogas apreendidas. Assim, bem fixada a pena base cujo aumento foi proporcional as circunstâncias desfavoráveis à ré

2. No que tange a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei 11.343/2006 tenho que estão presentes os requisitos para sua aplicação e a redução é direito subjetivo do réu, contudo, não necessariamente em seu grau máximo devendo ser considerado as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal e, de forma especial, a natureza e a quantidade da droga, nos termos do artigo 42 da lei 11.343/06.

3. Em face das circunstâncias judiciais negativas bem como da pena imposta, incabível a substituição da pena por duas restritivas de direito, eis que a acusada não preenche os requisitos do art. 44 do CPB.

4. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Os embargos infringentes foram acolhidos para fixar o regime semiaberto, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 269/270):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO PLENÁRIO DO STF. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. EMBARGOS PROVIDOS.

1. Com a declaração de inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado para o condenado pelo crime de tráfico de drogas foi afastada, firmando-se o entendimento de que devem ser observadas as disposições do artigo 33 do Código Penal, para a fixação do regime.

2. A análise inicial do regime de cumprimento de pena imposta em razão do cometimento de crime de tráfico deve levar em consideração, portanto, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância, além das condições pessoais do agente, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/2006.

3. Embora o "crack" seja uma droga de elevado poder viciante e a quantidade apreendida no caso não seja irrisória, o montante da pena corporal e as condições pessoais da ré (primária e possuidora de bons antecedentes) demonstram que o regime semiaberto é suficiente e adequado à espécie, de modo que o regime fechado se mostra desproporcional.

4. Embargos infringentes conhecidos e providos. (Grifei)

Daí o recurso especial, no qual se alegou negativa de vigência ao art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

42 da Lei n. 11.343/2006. Argumentou-se que deve ser cominado o regime fechado, mais gravoso, tendo em vista que a pena-base foi majorada em 1 (um) ano com base na natureza e na quantidade da droga apreendida (50,10g de crack), conforme o disposto na alínea "c" do § 2º do art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Inadmitido o apelo extremo, os autos foram encaminhados a esta Corte em virtude de agravo em recurso especial.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do agravo, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 348):

ARESP. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 7/STJ. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO FATO.

- Parecer pelo provimento do agravo.

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

"É firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que "a natureza, a quantidade e a variedade de drogas apreendidas, por evidenciarem maior reprovabilidade da conduta imputada, e a acentuada periculosidade do paciente autorizam a imposição de regime prisional mais gravoso e o indeferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos". (HC 227.266/RJ, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 19/11/2012).

- Parecer pelo provimento do recurso especial.

Contra a decisão de e-STJ fls. 362/366, que conheceu do agravo a fim de não conhecer do recurso especial, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios interpõe o presente agravo regimental. Em suas razões, reitera os pedidos do apelo nobre, arguindo que a questão é estritamente jurídica, não demandando reexame de provas.

Assim, requer que seja reconsiderada a decisão agravada ou que o presente recurso seja levado para apreciação da Turma competente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 597.966 - DF (2014/0263954-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

A irresignação não merece prosperar, uma vez que o recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão ora impugnada, de forma que merece ser integralmente mantida.

Conforme relatado, a agravada foi condenada, pela prática do crime do art. 33, *caput*, § 4º, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto.

O acórdão está assim fundamentado (e-STJ fls. 273/278):

Segundo consta na peça acusatória, a ré tentou ingressar nas dependências de um estabelecimento prisional de Brasília/DF com 2 (duas) porções de “crack”, em forma de pedra, perfazendo massa líquida de 48,50g (quarenta e oito gramas e cinquenta centigramas), envoltas individualmente em segmentos plásticos, acondicionados em um preservativo masculino e transportados na cavidade vaginal da ré.

[...]

É certo que o plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840, declarou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, com redação dada pela Lei 11.464/07, o qual prevê que a pena por crimes hediondos ou a eles equiparados será cumprida, inicialmente, em regime fechado, bem como assentou que o regime inicial para cumprimento da pena dos referidos delitos deve ser fixado à luz das diretrizes insculpidas no art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

Conquanto se trate de declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concreto, a moderna doutrina constitucional e a jurisprudência têm admitido os mesmos efeitos conferidos à ação direta ao controle incidental, no tocante às decisões proferidas pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, em prestígio ao princípio da economia processual.

Desse modo, a meu ver, carece de fundamentação a fixação do regime fechado tão somente em razão da natureza hedionda do crime, isto é, unicamente com respaldo no inconstitucional § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, esse é o entendimento reiteradamente adotado pelos Tribunais Superiores, conforme ilustram as seguintes ementas:

[...]

Em atenção ao disposto no art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, e no art. 42 da Lei n. 11.343/06, no caso específico de tráfico de entorpecentes, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas, além das condições pessoais do agente, constituem fatores relevantes a serem sopesados na fixação da pena-base e na avaliação acerca do regime de cumprimento, inclusive com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais.

*Embora o “crack” seja uma substância entorpecente de elevado poder viciante e a quantidade apreendida no presente caso não seja pequena, **a ré, além de ser primária, não ostenta em sua folha penal registros criminais anteriores (fls. 34/35). Tanto é que a personalidade e a conduta social, circunstâncias judiciais preponderantes, consoante dispõe o art. 42 da Lei de Drogas, foram consideradas em favor da ré, em face da qual apenas a culpabilidade, entre as circunstâncias do art. 59 do CP, foi negativamente valorada.***

Importa registrar que a pena fixada pela Primeira Turma Criminal não excede 8 (oito) anos, o que justifica a aplicação da norma do art. 33, § 2º, alínea “b”, do CP, segundo a qual “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”.

Nesse cenário, não obstante a natureza e a quantidade da droga apreendida, o montante da pena corporal e as condições pessoais da ré demonstram que o regime semiaberto é suficiente e adequado à espécie, de modo que o regime fechado se mostra desproporcional.

Por esses motivos, conheço e DOU PROVIMENTO a estes embargos infringentes para que prevaleça o voto vencido, da lavra do eminente Desembargador Mário Machado, que fixou o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade. (Grifei)

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistia a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, tendo-se determinado, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

De mais a mais, consoante “a recente jurisprudência desta Corte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior, na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo" (AgRg no AREsp 994.487/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2017).

No caso ora em análise, não verifico a ilegalidade decorrente da fixação do regime semiaberto, uma vez que a Corte de origem, soberana na análise probatória, realizou percuciente análise das condições pessoais da agravada e concluiu, de forma fundamentada, que o regime intermediário é o mais adequado e suficiente à espécie, sendo desproporcional a imposição do regime fechado. Com efeito, a pena reclusiva foi fixada em 4 anos e 8 meses, consignando-se a primariedade e os bons antecedentes da agente, além de favoráveis as circunstâncias preponderantes da personalidade e conduta social, elencadas no art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse contexto, a desconstituição dos fundamentos adotados pelo Tribunal *a quo* demanda amplo reexame dos elementos fático-probatórios constantes dos autos, o que é defeso em recurso especial, em virtude do que preceitua a Súmula n. 7/STJ.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CONDENADO PRIMÁRIO. INSUFICIÊNCIA. VERIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Nos termos do art. 33 do Código Penal, embora haja autorização para a fixação de regime mais grave do que aquele previsto para o quantum da pena, quando houver circunstâncias judiciais negativas, não há obrigatoriedade de que seja sempre estipulado o regime mais severo. Em se tratando de condenado primário, pode o julgador, com observância dos limites previstos no § 2º do referido artigo e dentro de sua discricionariedade vinculada, entender que, apesar da existência de circunstâncias judiciais negativas, estas não seriam suficientes para justificar a imposição do regime mais gravoso ou impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

2. No caso dos autos, sendo o agravado primário e a pena inferior a 4 anos, o Tribunal de origem entendeu que, apesar de haver circunstâncias judiciais negativas, as razões que levaram à desvalorização destas não justificariam a imposição do regime semiaberto e o afastamento da substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritivas de direitos.

3. *Para concluir de modo diverso e entender que o regime aberto e a substituição seriam insuficientes, como pretende o agravante, seria necessário o reexame de matéria fática, vedado em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.*

4. *Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1626961/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016.)

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

É como voto.

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0263954-6

AgRg no
AREsp 597.966 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00100246420138070001 100246420138070001 20130110100247 28717720138070001

EM MESA

JULGADO: 28/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MARCUS VINICIUS AGUIAR MACEDO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
AGRAVADO : ISABELE LARISSA DO NASCIMENTO VIDAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO 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 : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
AGRAVADO : ISABELE LARISSA DO NASCIMENTO VIDAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO 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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.