



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.542.989 - SP (2015/0167893-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : LIDIANE GALVÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL, TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E USO DE DOCUMENTO FALSO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/06. PARTICIPAÇÃO EM ATIVIDADES DELITUOSAS. SÚM 7/STJ. PRIMARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENAS-BASE NO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA - 400G DE COCAÍNA - CONSIDERADA PELO TRIBUNAL COMO DENTRO DA NORMALIDADE. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de ser inviável aferir em recurso especial se o acusado dedica-se ou não a atividade criminosa, em face do óbice da Súmula 7 do STJ.
2. Desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, impondo-se a observância do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.
3. No caso, por ocasião dos embargos infringentes, o Tribunal *a quo* reconheceu como sendo favoráveis à recorrente as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, reduzindo-lhe a pena-base ao patamar mínimo. Afirmou, também, que a quantidade e a natureza do entorpecente - 400g de cocaína - não destoam das apreensões feitas em hipóteses como a dos autos - remessa de entorpecente para o exterior via postal.
4. Condenada a agravante, primária e com circunstância judiciais favoráveis, a sanção definitiva inferior a 8 (oito) anos, é ilegal a imposição do regime prisional fechado, com base na hediondez do delito.
5. Agravo regimental parcialmente provido, tão somente, para fixar o regime prisional semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.542.989 - SP (2015/0167893-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : LIDIANE GALVÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial, mantendo acórdão que condenou LIDIANE GALVÃO, por infração ao art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/06, e 304 c/ 297, ambos do Código Penal.

Alega que a dedicação à atividade criminosa ou a habitualidade no cometimento da traficância não podem ser presumidas como entendeu o Tribunal. O fato de não possuir ocupação lícita, nem auferir rendimentos, por si sós, não ensejam o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em favor da recorrente, primária e portadora de bons antecedentes, impondo-se o reconhecimento da figura do "tráfico privilegiado", sem que seja necessária o exame aprofundado do material fático-probatório, vedado em sede de especial a teor da Súm. n. 7/STJ.

Sustenta, ademais, a ocorrência de *bis in idem*, porquanto os julgadores de piso valeram-se da quantidade da droga tanto para exasperar a pena-base, quanto para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Pretende, ainda, a fixação do regime semiaberto, pois a recorrente é primária e teve a pena-base fixada no mínimo legal para ambos os delitos, circunstância que deveria nortear positivamente os critérios para a imposição do regime de cumprimento de pena.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, para que seja reconsiderada a decisão, ou seja o feito levado à apreciação da Órgão Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.542.989 - SP (2015/0167893-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

No caso, a agravante foi condenada por infração aos arts. 33, *caput*, c/c art. 40, inc. I, da Lei n. 11.343/2006 e 304, c/c 297, ambos do Código Penal.

Após o provimento de embargos infringentes, a pena do tráfico internacional de drogas foi reduzida para 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, que somada àquela estabelecida pelo crime de uso de documento falso (2 anos de reclusão e 10 dias-multa), totalizou 7 anos e 10 meses de reclusão e 593 dias-multa. Estabeleceu-se para o início do cumprimento da pena o regime fechado.

No agravo regimental, insurge-se contra o não reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e contra a imposição do regime prisional mais gravoso.

Passo à análise das questões aqui suscitadas.

A redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas foi repelida pela Corte *a quo*, porque a recorrente não demonstrou possuir ocupação lícita, nem se auferia rendimentos, denotando que se dedicava às atividades delituosas, mesmo porque fazia uso de documento de identidade falso para diversas empreitadas criminosas, impedindo a concessão do benefício.

Na oportunidade, destacou o Tribunal *a quo* que, embora não comprovada a associação criminosa com o corréu Uzo, a denunciada, integrava, de forma habitual ou não, agremiação criminosa, participando, como responsável pela postagem da droga de esquema criminoso voltado para o comércio ilícito de entorpecentes (e-STJ fl. 746).

Ora, concluindo a instância ordinária que a recorrente se dedica a atividades delituosas, alterar o entendimento, nesta oportunidade, implica exame aprofundado do material fático probatório, vedado em sede de especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, o seguinte precedente:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. ÓBICE DA SÚMULA 7 DO STJ. TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO CONFIGURADO.

1. A orientação jurisprudencial desta Corte é consolidada no sentido de que compete ao julgador, após a análise dos requisitos legais, verificar a viabilidade da aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como fixar a fração pertinente ao caso concreto. Para essa aplicação, no entanto, 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.

2. Na espécie, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar a minorante convencidas da dedicação do agravante a atividades delituosas, analisadas as provas e demais elementos fáticos encontrados nos autos.

3. Para se reformar o acórdão recorrido, em que se negou a incidência do tráfico privilegiado, exigir-se-ia a revisão das premissas adotadas pelo tribunal ordinário, calcadas na análise aprofundada dos fatos e provas carreados. Tal providência é inviável em recurso especial por óbice da Súmula 7 desta Corte.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 612.003/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015)

Sem razão a agravante, ainda, quando sustenta a ocorrência de *bis in idem* na dosimetria da pena.

Note-se que, por ocasião dos embargos infringentes, a pena-base pelo tráfico de drogas foi reduzida ao mínimo legal - 5 (cinco) anos de reclusão. Ainda que assim não fosse, nos termos da jurisprudência desta Corte, não há que se falar em *bis in idem* quando a quantidade de droga é usada para majorar a pena-base e para afastar a incidência da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

2. No julgamento do HC n. 109.193/MG, em 19/12/2013, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a valoração sobre a quantidade e a natureza da substância entorpecente, tanto na fixação da pena-base como na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, caracteriza bis in idem.

3. No caso, o juiz fixou a pena base acima do mínimo legal em razão da quantidade da droga apreendida, enquanto na terceira fase da dosimetria, embora tenha citado a quantidade de entorpecente, afastou o redutor por se convencer de que o réu se dedicava a atividades criminosas, fazendo do tráfico seu meio de vida. Logo, não há que se falar em bis in idem.

4. Admite-se a fixação de regime mais gravoso para o crime de tráfico de drogas em razão da natureza e da quantidade da substância apreendida.

5. Hipótese em que, embora fixada a sanção em patamar equivalente à aplicação do regime semiaberto (5 anos), a adoção de regime prisional mais gravoso justifica-se pela quantidade e natureza da droga apreendida (1.974,55 gramas de pasta de cocaína).

6. O quantum de pena aplicado implica óbice à substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos, a teor do disposto no art. 44 do CP.

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 296.709/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 20/08/2015, DJe 08/09/2015).

Razão assiste à defesa quando pugna pelo regime prisional semiaberto.

Para melhor apreciação da matéria, passo a resumir a dinâmica do julgamento de LIDIANE GALVÃO.

1) Denúncia - arts. 33, caput, e 35, caput, c/c o art. 40, inc. I, todos da Lei n. 11.343/2006, n/f do art. 14, inc. II, do CP, bem como art. 297, c/c art. 304, ambos do CP (e-STJ fls. 152/153).

2) Sentença - Condenada à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime aberto, mais 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 297 c/c 304 do CP. Absolvida das demais imputações (e-STJ fl. 592).

3) Apelação - condenada a 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão - art. 33, caput, c/c art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006. Mantida a condenação por uso de documento falso. Aplicada a regra do concurso material, chegou-se ao quantum definitivo de 8 (oito) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. A votação foi por maioria (e-STJ fl. 573).

Regime fechado assim imposto:

O regime inicial de desconto da pena privativa de liberdade será o fechado, nos termos do art. 2º, § 2º da Lei nº 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464/07, nos termos do art. 33, § 3º do Código Penal (e-STJ fl. 747)

4) Embargos infringentes providos para reduzir a pena do delito de tráfico para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão (pena-base - 5 anos acrescida em 1/6 em razão da transnacionalidade), a qual somada àquela estabelecida pelo uso de documento falso totalizou 7 (sete) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

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

Na hipótese, observo que, por ocasião dos embargos infringentes, o Tribunal *a quo* reconheceu como sendo favoráveis à recorrente as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e que a quantidade/natureza do entorpecente não destoam das apreensões feitas em circunstâncias como a dos autos. A pena-base foi reduzida ao mínimo legal, sob os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 852/853):

Com a devida vênia, a pena-base do delito de tráfico internacional de drogas deve ser estabelecida no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, tal como restou consignado no voto vencido.

A Lei de Drogas, em seu artigo 42, prevê: O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Não constam dos autos elementos que impliquem a fixação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base do tráfico acima do mínimo legal.

A embargante foi presa em flagrante delito, no dia 09/03/09, na empresa de transportes "DHL Express", em São Paulo/SP, ao tentar remeter para a China encomenda contendo 400g (quatrocentos gramas) de cocaína. A droga estava acondicionada em invólucros plásticos que se encontravam no interior de bolas de futebol sem ar, juntamente com outros materiais esportivos. Para tanto, Lidiane Galvão apresentou à funcionária da empresa documento de identidade falsificado, em nome de Roseli Pereira Franca Ribeiro.

A natureza e a quantidade da droga apreendida são circunstâncias que devem ser consideradas na primeira fase da dosimetria da pena.

No caso concreto, a apreensão de 400g (quatrocentos gramas) de cocaína não destoa da maioria das apreensões de droga realizadas em agências dos Correios e empresas de transportes, na hipótese de remessa de entorpecente para o exterior por via postal.

Ademais, a personalidade e a conduta social da embargante não autorizam a exasperação da pena-base para além do mínimo legal.

As testemunhas de defesa ouvidas na instrução criminal declararam desconhecer qualquer fato que desabone a embargante. Narraram, ainda, que Lidiane Galvão exercia ocupação lícita como manicure e que era zelosa genitora de 4 (quatro) filhos (fls. 441/442v.).

A embargante é primária e não possui antecedentes criminais (fls. 34,182,292, 304, 337, 474/474v. e fls. 7 e 55 do apenso).

A despeito de inexistir nos embargos infringentes menção ao regime prisional, consta do acórdão condenatório (e-STJ fl. 747):

O regime inicial de desconto da pena privativa de liberdade será o fechado, nos termos do art. 2º, § 2º da Lei nº 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464/07, nos termos do art. 33, § 3º do Código Penal

Como se pode observar, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do crime, não obstante a acusada seja primária, as circunstâncias judiciais favoráveis e a pena privativa de liberdade não seja superior a 8 (oito) anos.

Inexiste, portanto, fundamentação idônea, em evidente afronta ao art. 93,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inciso IX, da Constituição da República e à Súmula 440/STJ, que segue transcrita: "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

Nesse mesmo sentido, seguem as Súmulas 718 e 719/STF, respectivamente:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Portanto, na espécie, tendo em vista a pena imposta, a primariedade da recorrente, a favorabilidade das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, com a fixação das penas-base no patamar mínimo, para ambos os crimes, deve ser deferido o regime prisional semiaberto, valendo lembrar, ainda, que a quantidade e a natureza da droga - 400g de cocaína - foram consideradas normais a delitos desse jaez - remessa de entorpecente para o exterior via postal (e-STJ fl. 852).

A propósito do tema, vale destacar o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

3. O Paciente foi preso em flagrante, no dia 23 de agosto de 2010, e condenado à pena de 06 anos e 10 meses de reclusão e 01 ano de detenção, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes de tráfico internacional de drogas, posse ilegal de arma e receptação, após ser preso em flagrante na posse de 1.037g de cocaína e uma arma, que sabia ser objeto de furto.

[...]

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

(HC 239.999/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 21/08/2014)

Diante do exposto, **dou provimento, em parte**, ao agravo regimental, tão somente, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta à recorrente.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0167893-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.542.989 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00025034120094036181 200961810025030 25034120094036181 301642009 40689

PAUTA: 27/09/2016

JULGADO: 27/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LIDIANE GALVÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : UZO DAMIAN ONUORAH

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 : LIDIANE GALVÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.