



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 275.720 - MG (2013/0002749-8)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RODRIGO APARECIDO DE ASSIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CASSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REGIME ABERTO FIXADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS COM FULCRO NO ART. 33 DO CP. SUFICIÊNCIA DA MEDIDA PARA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO DELITO. ENTENDIMENTO EM SENTIDO CONTRÁRIO. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO DAS PROVAS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Para a aplicação da causa especial de diminuição de pena, é necessário o preenchimento cumulativo das condições previstas no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

2. A quantidade e a diversidade de drogas podem, em análise conjunta com os demais elementos constantes do processo criminal, ensejar a conclusão de ser o agente dedicado a atividades criminosas, o que impede o reconhecimento da causa de diminuição mencionada. Contudo, no caso dos autos, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, examinando as provas coligidas aos autos, reconheceu a incidência da minorante após constatar ser o agente primário, portador de bons antecedentes, não se dedicar a atividades delitivas e nem integrar organização criminosa, sendo inviável conclusão em sentido contrário por este Tribunal Superior em razão da impossibilidade de revolvimento probatório em recurso especial.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados. Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. Tendo as instâncias ordinárias — após exame das provas dos autos, e, diante da quantidade da pena imposta ao agravado e da favorabilidade da circunstâncias judiciais — considerado suficiente para a prevenção e repressão do delito a fixação do regime aberto, inviável conclusão em sentido contrário quanto à suficiência ou insuficiência do modo de execução, haja vista o óbice contido na Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de maio de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 275.720 - MG (2013/0002749-8)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática de minha relatoria, por meio da qual neguei provimento ao agravo em recurso especial, mantendo a condenação do agravado à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 306 (trezentos e seis) dias-multa, pela prática da infração descrita no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Sustenta o agravante que o réu não possui direito à diminuição da pena pelo art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, visto que houve a comprovação, nos autos, de sua dedicação a atividades criminosas, situação a ser aferida pela quantidade dos entorpecentes apreendidos em seu poder.

Observa que deve ser fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta ao agravado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/1990.

Pugna pela reconsideração da decisão agravada ou pela remessa do feito à apreciação da Turma, a fim de que seja dado provimento ao agravo em recurso especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 275.720 - MG (2013/0002749-8)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (Relator):

A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Depreende-se dos autos que o agravado foi denunciado pela suposta prática do crime tipificado no art. 33, **caput**, da Lei de Drogas, porque no dia 2/6/2010, agindo com unidade de desígnios com a co-denunciada Daniele, teria pedido a esta para que guardasse, em sua casa, uma mochila com 912,41 (novecentos e doze gramas e quarenta e um centigramas) g de maconha, embaladas em 312 (trezentos e doze) buchas, para fins de mercancia, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 219/220).

Após a instrução criminal, foi a acusada Daniele Sales absolvida nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, tendo o Juiz de primeiro grau condenado o réu Rodrigo Aparecido de Assis, nos exatos termos da exordial acusatória, à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa (fls. 218/229).

Contra essa decisão, a defesa interpôs recurso de apelação.

A Corte local, por maioria, deu parcial provimento ao apelo para reduzir a pena-base e reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, do supracitado diploma normativo e, por conseguinte, redimensionar a sanção do agente para 3 (três) anos de reclusão e 306 (trezentos e seis) dias-multa, o que fez pelos seguintes motivos:

Quanto à dosimetria da pena verifico que, de fato, a sentença exarada pelo d. Magistrado a quo está a merecer reparos no que se refere à fixação da pena base, ante ao equivocado reconhecimento de oito circunstâncias judiciais em desfavor do acusado, quando apenas três pesam contra ele, devendo as demais serem decotadas e, também, quanto à não aplicação da causa de diminuição contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

É que a circunstância judicial relativa à culpabilidade deve ser tomada como grau de reprovação da conduta e não como grau de culpa ou potencial consciência da ilicitude, pelo que não vislumbro razão para que esta seja analisada em desfavor do réu, em função de um juízo de censura mais acentuado do que o normal para a espécie. Já no que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diz respeito aos antecedentes, compulsando os autos, notadamente a CAC de fls. 162/163, ao contrário do afirmado pelo d. Juiz Sentenciante, vislumbro que o apelante ostenta bons antecedentes.

Situação similar ocorre com a circunstância judicial relativa aos motivos do crime, vez que estes, in casu, são aqueles próprios do tipo penal. Lado outro, não já qualquer informação nos autos que desabone a conduta social do apelante. E, no que concerne à sua personalidade, filio-me à corrente que entende que esta deve ser considerada normal ante a inexistência de laudo técnico capaz de aferi-la com mínimo grau de segurança. Assim, fixo a pena base em cinco anos e um mês de reclusão e quinhentos e dez dias multa.

Na segunda fase, à míngua de agravantes e atenuantes, mantenho a pena fixada em cinco anos e um mês de reclusão e quinhentos e dez dias multa.

Na terceira fase, entretanto, considerando-se que o agente é primário, possui bons antecedentes, não se dedica à atividade criminosa, nem integra organização criminosa, faz ele jus à minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, todavia, sob o prisma do art. 42 da mencionada lei, milita em seu desfavor a circunstância relativa à quantidade da droga. Pelo que aplico a causa de diminuição de pena na fração de 2/5, tornando a pena definitiva em 3 (três) anos de reclusão e 306 (trezentos e seis) dias-multa.

Embora o somatório das penas, após a aplicação da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, seja compatível com um regime mais brando, entendo que a regra disposta no referido artigo diz respeito tão só a uma causa de diminuição de pena, inapta a retirar a hediondez do crime de tráfico de drogas e, portanto, incapaz de modificar a regra prevista no parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei 8.072/90, após a redação dada pela Lei 11.464/07, a qual estipula para os delitos hediondos e aos a ele equiparados o regime inicial fechado.

[...]

Em razão da vedação legal contida no artigo 44 da Lei 11.343/06, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (fls. 320/324)

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 360/363).

Opostos embargos infringentes, foram acolhidos para fixar o modo aberto de execução e determinar a substituição da reprimenda por restritiva de direitos. Eis as razões do voto vencedor:

Dirijo do judicioso voto do e. Relator para acolher os presentes embargos, pelas razões que passo a expor:

Quanto à fixação do regime de cumprimento de pena, saliento que até o momento vinha me posicionando por sua aplicação sempre na espécie inicial fechado, considerando-se para isso a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas, ainda que com a causa de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, fundamentando minhas razões de assim decidir no fato de que a referida minorante cingia-se apenas a uma simples causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena, incapaz de retirar a gravidade da natureza de referido delito.

Prosseguindo na aplicação da pena, deixava também de substituir a pena privativa de liberdade da referida espécie delitiva por penas restritivas de direitos ante a expressa vedação legal contida no próprio artigo 33, § 4º, assim como no artigo 44, ambos da Lei 11.343/06.

Entretanto, após julgar inúmeros casos como o ora analisado, em que o acusado dá mostras da eventualidade de sua conduta, demonstrando não se dedicar diuturnamente ao comércio ilícito e sendo pessoa passível de recuperação pelo Estado, refleti reiteradamente e, na oportunidade, acreditando que o homem é ser em constante estado de aprimoramento, vejo que a posição anterior deve ceder lugar ao novo, que prima pela valorização do princípio constitucional da individualização efetiva da pena.

Fadar o iniciante e pequeno traficante ao convívio rotineiramente pernicioso do cárcere com condenados por crimes piores e mais graves cumpre apenas a finalidade retributiva da pena, servindo como escola do crime para aquele que, talvez ainda, seja passível de recuperação.

Desse modo, tenho hoje que o entendimento de que a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tornada como privilégio e capaz de retirar a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas, permite, em verdade, conceder ao iniciante e pequeno traficante, aquele primário e de bons antecedentes, que não se dedica ainda à atividade criminosa de forma reiterada e que não pertence a qualquer organização, a chance concreta de alcançar a verdadeira reprovação e ressocialização preconizada pelo artigo 59 do Código Penal, sempre na medida suficiente e mais adequada à conduta praticada.

Firma a esse posicionamento e guiando-me também pela decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 97.256/2010, declarando a inconstitucionalidade da parte do dispositivo do artigo 44 da Lei 11.343/06 que dispõe: "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", ainda que proferida em controle de constitucionalidade difuso, acarretando efeitos apenas "inter partes", reposicionei-me quanto ao tema.

De igual maneira, este Sodalício mineiro vem trilhando o mesmo caminho, já tendo sido publicado o incidente de uniformização de jurisprudência n.º 1.0145.09.558174-3/003 de relatoria do eminente Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, em que, por maioria de votos, indo além do que já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, acolheu o incidente para possibilitar, nos casos de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06), além da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também a imposição de regime de cumprimento de pena compatível com a quantidade de pena aplicada, observados, em qualquer caso, os requisitos do Código Penal.

Recentemente o Senado Federal, por meio da Resolução n.º 05/2012 editada por sua presidência, suspendem, nos termos do art. 52, X, da CF/88, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, imprimindo efeito "erga omnes" e vinculando as instâncias jurisdicionais inferiores quanto à possibilidade de substituir a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade por restritiva de direitos na hipótese dos autos. Assim, em homenagem ao princípio constitucional que assegura ao sujeito ativo de um crime a individualização de sua pena em três fases, pelo legislador, pelo juiz do processo de conhecimento e pelo juízo da execução penal, vejo que realmente constitui afronta a esta norma constitucional, responsável pela efetivação de direitos fundamentais do réu, a proibição, tendo sido afastada a hediondez do crime, para toda e qualquer espécie de situação, à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a imposição do regime fechado.

Afastada a hediondez do crime de tráfico de drogas praticado sob a égide do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, deve ser a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos e o regime de cumprimento de pena aplicado, em homenagem ao princípio da individualização das penas [...].

Por tais considerações e revendo meu posicionamento, tomada a pena concreta de três anos de reclusão, afastada a hediondez do delito de tráfico privilegiado e, portanto, a cogente imposição do regime inicial fechado, disciplinado no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, tenho ser medida de justiça a aplicação do regime inicial aberto para o desconto da pena, por considerar tal regime suficiente à reprovação e prevenção do crime na espécie.

Em virtude do quantitativo de pena e primariedade do agente, bem como da análise favorável de quase todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, impõe-se, ainda, a manutenção da substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos do voto minoritário.

Posto isso, pedido redobrada vênia ao ilustre Desembargador Relator, acolho os presentes embargos infringentes para manter o regime aberto para desconto da pena corporal e, ainda, a substituição desta por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. (fls. 403/409)

No que tange à alegação ministerial de afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, necessário se observar que a quantidade e a diversidade de drogas podem, em análise conjunta com os demais elementos constantes do processo criminal, ensejar a conclusão de ser o agente dedicado a atividades criminosas, o que impede o reconhecimento da causa de diminuição mencionada, como já decidiu este Tribunal Superior no HC n.º 93.680/SP.

Contudo, no caso dos autos, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, examinando as provas coligidas aos autos, reconheceu a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos, após constatar ser o agente primário, portador de bons antecedentes, não se dedicar a atividades delitivas e nem integrar organização criminosa.

Aliás, a Corte local afirmou, expressamente, ser o réu traficante eventual, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que impede conclusão em sentido contrário por este Tribunal Superior, pois o exame quanto à dedicação a atividades criminosas por parte do agravado, de modo a obstar o reconhecimento da benesse mencionada, demandaria revolvimento do material fático-probatório dos autos, medida inviável no agravo em especial, ante o óbice contido no verbete sumular 7/STJ.

Vale ressaltar, ainda, que o fato da apreensão das drogas ter sido precedida de denúncia anônima, não é suficiente, por si só, para a conclusão de ser o réu dedicado a atividades delitivas, devendo tal circunstância, como já mencionado acima, ser analisada em conformidade com outros elementos probatórios colhidos durante toda a persecução penal, como realizado pela Corte local.

Quanto ao regime inicial para o resgate da reprimenda imposta ao agravado, correta a posição do Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao fixar o regime pelos ditames do art. 33 do Código Penal.

Isso porque não é mais possível fixar o regime fechado para os crimes hediondos e assemelhados com base apenas no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, pois o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional referida norma, devendo, portanto, a fixação do regime de cumprimento da pena observar o que disciplina o art. 33 do Código Penal.

Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de delitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, independentemente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado. Dessarte, tendo sido o agravado condenado pelo crime de tráfico de entorpecentes, à pena de 3 (três) anos de reclusão, mostra-se cabível, em tese, o regime aberto.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. CABIMENTO. **HABEAS CORPUS** PARCIALMENTE CONCEDIDO. 1. O Paciente foi condenado como incurso no art 33, c.c. art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, porque surpreendido na posse, para fins de tráfico, na posse de 48,9 gramas de cocaína e 39,5 gramas de maconha, sem autorização e em desacordo com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinação legal e regulamentar. 2. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes. 3. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.) 4. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que o Paciente não preenche o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal. 5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 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. 6. Fixada a pena-base no mínimo legal, pela ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto. 7. Ordem de **habeas corpus** parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente. (HC 219.588/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 28/02/2013).

Logo, tendo a Corte local fixado o regime aberto por considerá-lo suficiente para reprovação e repressão da infração praticada pelo agravado, inviável conclusão em sentido contrário por este Tribunal Superior quanto à suficiência ou insuficiência do modo de execução, pois, para tanto, seria necessário o revolvimento das provas dos autos, providência inviável no agravo em recurso especial — Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0002749-8

AgRg no
AREsp 275.720 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10525100122635 10525100122635001 10525100122635002 10525100122635003
10525100122635004 10525100122635005 122635742010 1226357420108130525

EM MESA

JULGADO: 28/05/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : RODRIGO APARECIDO DE ASSIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CORRÉU : DANIELE SALES

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 FEDERAL
AGRAVADO : RODRIGO APARECIDO DE ASSIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.