



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 819.431 - RJ (2015/0299634-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MARITHEL RICAPLAZA CAQUILALA (PRESA)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. APREENSÃO DE 3,35 KG DE COCAÍNA. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. NÃO RECOMENDADA NO CASO CONCRETO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a quantidade e a natureza da droga traficada podem ser consideradas para o fim de definir o regime inicial de cumprimento da reprimenda, ainda que favoráveis os vetores do art. 59 do Código Penal.

2. O regime inicial fechado foi determinado no caso concreto, haja vista a natureza e quantidade da droga apreendida – 3,35 kg de cocaína.

3. O mesmo panorama obsta a concessão da substituição da pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos, porquanto a quantidade e a natureza do entorpecente devem ser levadas em conta na concessão do benefício, conforme inteligência dos arts. 44, inciso III, e 59, ambos do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 819.431 - RJ (2015/0299634-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MARITHEL RICAPLAZA CAQUILALA (PRESA)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto por MARITHEL RICAPLAZA CAQUILALA contra decisão monocrática de e-STJ fls. 429/436, que negou provimento ao agravo manejado para dar seguimento a recurso especial intentado com fundamento na alínea "a" do inc. III do art. 105 da CF.

MARITHEL RICAPLAZA CAQUILALA foi condenado nesta ação penal pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei 11.343/2006, tendo-lhe sido aplicada pena privativa de liberdade de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, sob regime inicial fechado, e multa de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato.

No recurso alega: (i) o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a despeito da norma do art. 44 da Lei 11.343/2006; (ii) a possibilidade de fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena, sendo que a quantidade e qualidade da droga traficada e a sua nacionalidade estrangeira não representam óbice à aplicação da medida (e-STJ fls. 443/453).

O agravo requereu a execução provisória da pena (e-STJ fl. 459).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 819.431 - RJ (2015/0299634-6)

VOTO

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

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, deduz-se das razões recursais que o agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, *in verbis*:

Como é cediço, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, 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:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (STF, HC n. 111.840, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe em 17/12/2013).

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados: HC n. 264.068/RS, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/2/2015; HC n. 274.020/SP, Relator Ministro ERICSON MARANHO (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 19/2/2015; e HC n. 299.797/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/12/2014.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1/9/2010, no julgamento, do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Assim, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja fixado o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, mostre-se o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

Nota-se que jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a quantidade e a natureza da droga traficada podem ser consideradas para o fim de definir o regime inicial de cumprimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da reprimenda, ainda que favoráveis os vetores do art. 59 do Código Penal.

A propósito, citam-se alguns precedentes desta Corte:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). **APREENSÃO DE 27,16G DE COCAÍNA, 14,47G DE CRACK E 87,48G DE MACONHA. PENA FIXADA EM 5 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO, PORQUANTO PRESENTES OS PRESSUPOSTOS LEGAIS (CP, ART. 33, § 3º, C/C LEI N. 11.343/2006, ART. 42). SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

[...]

03. No crime de tráfico de drogas, o **fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu e de a pena privativa de liberdade aplicada ser igual ou inferior a 8 (oito) anos não lhe assegura, por si só, o direito de cumpri-la em regime semiaberto. Dependendo da natureza e/ou da quantidade da droga com ele apreendida, poderá ser imposto regime mais gravoso (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).**

04. Habeas corpus não conhecido. (HC 321.860/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO – (Desembargador Convocado do TJ/SC –, Quinta Turma, julgado em 18/6/2015, DJe 29/6/2015) - (grifei).

PENAL. PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. **REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

[...]

3. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. O regime inicial fechado foi devidamente estabelecido pelas instâncias ordinárias, em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida - mais de 2 kg de cocaína -, bem como da valoração negativa das consequências do crime.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 642.863/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 26/6/2015) - (grifei).

E do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Impetração dirigida contra decisão monocrática de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que negou seguimento a recurso especial. Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Precedentes. Extinção do writ, por inadequação da via eleita. Inexistência, outrossim, de ilegalidade flagrante ou teratologia que justifique a concessão, de ofício, da ordem. Tráfico internacional de drogas. Artigo 33, caput, c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006. Pena-base. Majoração, em metade, do mínimo legal cominado à espécie, em face, exclusivamente, da grande quantidade de cocaína apreendida (17,560 kg). Admissibilidade. Circunstância que, por si só, constitui fundamento idôneo para essa exasperação. Pretendida tarifação do aumento em, no máximo, 1/6 (um sexto). Descabimento. Critério não previsto em lei. Artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Pretendida incidência da causa de diminuição de pena em seu grau máximo. Alegado bis in idem na utilização da quantidade de droga para a redução mínima. Não ocorrência. Redutor de 1/6 (um sexto) que não se amparou, isoladamente, na quantidade de droga apreendida, mas, sim, na gravidade concreta da infração, evidenciada pela colaboração da paciente com traficância organizada em larga escala, transportando droga, como mula, da Bolívia para o Brasil. Regime inicial fechado. Fixação com base, exclusivamente, na grande quantidade de cocaína apreendida. Admissibilidade. 1. A jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal não admite a impetração de habeas corpus contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça não submetida ao crivo do colegiado por intermédio de agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente. Precedentes. 2. A elevada quantidade de cocaína apreendida (17,560 kg) justifica, por si só, na fixação da pena-base, a majoração de metade ao mínimo legal cominado à espécie, com base no art. 42 da Lei nº 11.343/06. Não está o magistrado, na dosimetria da pena, adstrito à pretendida tarifação de, no máximo, 1/6 (um sexto) por circunstância judicial desfavorável, critério, aliás, não previsto em lei. Precedente. 3. As instâncias ordinárias, na aplicação, no grau mínimo (1/6) da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não se ampararam, isoladamente, na quantidade de droga apreendida, mas sim, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravidade concreta da infração, evidenciada pela colaboração da paciente com traficância organizada em larga escala, transportando droga, como mula, da Bolívia para o Brasil. Ausência de bis in idem. Precedente. 4. **No tráfico de drogas, é admissível a imposição de regime inicial fechado com base, exclusivamente, na quantidade ou na natureza da droga apreendida (17,560 kg de cocaína).** Precedentes. 5. Habeas corpus extinto, por inadequação da via eleita. (HC 121389, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 7/10/2014) – (grifei).

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS (TRANSPORTE PÚBLICO). NÃO INCIDÊNCIA NO CASO. **PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. VIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, III, DO CP. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.** 1. O entendimento de ambas as Turmas do STF é no sentido de que a causa de aumento de pena para o delito de tráfico de droga cometido em transporte público (art. 40, III, da Lei 11.343/2006) somente incidirá quando demonstrada a intenção de o agente praticar a mercancia do entorpecente em seu interior. Fica afastada, portanto, na hipótese em que o veículo público é utilizado unicamente para transportar a droga. Precedentes. 2. **O acórdão impugnado restabeleceu o regime inicial fechado imposto pelo magistrado de primeiro grau em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59 do CP (quantidade de droga).** Assim, não há razão para reformar a decisão, já que, na linha de precedentes desta Corte, os fundamentos utilizados são idôneos para impedir a fixação de um regime prisional mais brando do que o fixado no acórdão atacado. 3. Não é viável proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pois, embora preenchido o requisito objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal (= pena não superior a 4 anos), as instâncias ordinárias concluíram que a conversão da pena não se revela adequada ao caso, ante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (= quantidade da droga apreendida). Precedentes. 4. Ordem concedida, em parte, apenas para afastar a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006. (HC 119811, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 1º/7-2014) - (grifei).

Como se vê, à fixação do regime inicial de cumprimento da pena no tráfico de drogas não bastam os requisitos do art. 59 do Código Penal, haverão de ser sopesadas, também, a quantidade e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza do entorpecente.

Assim, ao ter considerado em desfavor da recorrente a quantidade e a natureza da droga – 3,35 kg de cocaína –, mostrou-se adequado ao Julgador ordinário o regime fechado para o início do cumprimento da sanção, o que não destoa da jurisprudência desta Casa Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Este mesmo panorama obsta a concessão da substituição da pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos, porquanto a quantidade e a natureza do entorpecente são levadas em conta na recomendação da benesse, nos termos do instituído pelos arts. 44, inciso III, e 59, ambos do Código Penal.

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

Quanto ao pedido do Ministério Público, determino a comunicação do presente *decisum* ao Tribunal Estadual para que tome as providências que entender necessárias, inclusive no tocante ao início da execução provisória da pena da agravante, nos termos da Resolução CNJ 113/2007, com a redação dada pela Resolução CNJ 180/2013 (arts. 8º/11).

Com essas considerações, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0299634-6

AgRg no
AREsp 819.431 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00201426520144025101 12955 201426520144025101 201451010201424

PAUTA: 03/05/2016

JULGADO: 03/05/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MARITHEL RICAPLAZA CAQUILALA (PRESA)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO 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 : MARITHEL RICAPLAZA CAQUILALA (PRESA)
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, negou provimento ao agravo regimental."

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