



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.484.122 - RJ (2014/0253286-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ALINE MARTINS AQUINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA DETERMINAR O QUANTUM DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. REGIME FECHADO FUNDAMENTADO EXCLUSIVAMENTE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, II, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso *bis in idem*.

2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores, situação que impõe o retorno dos autos à Corte de origem para que, analisando as circunstâncias do caso concreto, avalie a possibilidade de estabelecimento de regime diverso do fechado.

4. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

5. Agravo 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de novembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.484.122 - RJ (2014/0253286-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ALINE MARTINS AQUINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática de minha relatoria, por meio da qual dei parcial provimento ao recurso especial defensivo para aumentar a fração de redução da pena do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 para 2/3 (dois terços) e, por conseguinte, redimensionar a sua reprimenda para 2 (dois) anos, 6 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 254 (duzentos e cinquenta e quatro) dias-multa, bem como afastar a obrigatoriedade do regime inicial fechado, deeterminando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para o estabelecimento de novo regime nos termos do art. 33 do Código Penal. O *decisum* ficou assim ementado (fl. 486):

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E QUALIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. MAIOR REPROVABILIDADE. PRECEDENTES. QUANTIDADE E PRÁTICA DO DELITO DENTRO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO ART. 40, III, DA LEI N.º 11.343/06 E PARA DETERMINAR O QUANTUM DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA VEDAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O agravante sustenta que a quantidade de drogas pode ser valorada tanto na primeira etapa da dosimetria como circunstância judicial negativa quanto na terceira etapa para fins de fixação do *quantum* de redução decorrente da incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos, não configurando tal situação violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Pondera que deve ser fixado o regime inicial fechado com fundamento na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposição legal constante do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, observando que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca de sua inconstitucionalidade não possui efeitos vinculantes e, como tal, não possui aptidão para retirar a previsão legal do ordenamento jurídico.

Assevera que a manutenção do *decisum* implica violação ao art. 5º, II, da Constituição Federal.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou que o feito seja submetido à apreciação da Turma para provimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.484.122 - RJ (2014/0253286-9)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA DETERMINAR O QUANTUM DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. REGIME FECHADO FUNDAMENTADO EXCLUSIVAMENTE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, II, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso *bis in idem*.

2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores, situação que impõe o retorno dos autos à Corte de origem para que, analisando as circunstâncias do caso concreto, avalie a possibilidade de estabelecimento de regime diverso do fechado.

4. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

O recurso não comporta provimento.

Como já assentado na decisão agravada, observa-se, dos autos, que o Juiz de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primeiro grau, quando da prolação da sentença condenatória em relação à ora recorrente pela prática do crime de tráfico de drogas, reduziu a sua pena na fração máxima de 2/3 (dois terços) ante o reconhecimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, pelos seguintes motivos (fl. 131):

REDUZO a pena alcançada em DOIS TERÇOS em razão da incidência da causa de diminuição de pena estabelecida no § 4º do art. 33, alcançando o patamar de DOIS ANOS E QUATRO MESES DE RECLUSÃO.

Deixei de acolher o pleito de redução mínima no tocante a esta causa especial, tal como requerido pelo MP, porque já elevei a pena base em razão da quantidade da droga e, acaso optasse pela intenção ministerial, estaria praticando *bis in idem*, pois estaria punindo a acusada duas vezes pelo mesmo fato, ou seja, a elevada carga de drogas.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dando provimento ao recurso ministerial, procedeu à redução da fração pela minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para 1/6 (um sexto), nos seguintes termos (fls. 280/282):

Cumpre ressaltar que o Ministério Público insurgiu-se apenas contra a pena aplicada a apelante/apelada ALINE.

Da impossibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, em seu patamar máximo:

Cabe consignar que o Ministério Público apresentou razões de apelação alegando que, embora a apelante/apelada preencha os requisitos para a incidência da minorante prevista no referido dispositivo, a gravidade do crime, equiparado a hediondo, impede a aplicação do redutor em seu grau máximo.

Como bem ressaltou em suas razões ministeriais de doc. 151:

“Ressalta-se que a mesma tinha por finalidade repassar o entorpecente para pessoas que já se encontram segregadas do meio social, cumprindo penas em estabelecimento públicos, o que demonstra o enorme desvalor da sua conduta.”

Com razão, pois, o Ministério Público.

Assim, não andou bem o Julgador monocrático, pois, a aplicação da diminuição no patamar de 2/3 foi demasiadamente exagerada.

Em que pese ser a apelante primária, não possuir maus antecedentes, não se dedicar a atividade criminosa e também não integrar organização criminosa, imperioso ressaltar que, o fato de tratar-se de crime de tráfico de entorpecentes, perpetrado dentro de um estabelecimento prisional, onde ocorreu à apreensão de considerável quantidade de drogas em poder da apelante/apelada, impõe acertadamente o afastamento do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11343/06, em seu grau máximo.

Insta salientar que, a aplicação da pena é resultado da valoração subjetiva do Magistrado, respeitados os limites legais impostos no preceito secundário da norma, com a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Note-se que, a redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa.

Assim, presentes os requisitos exigidos pelo dispositivo, caberá ao magistrado, considerando as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, aplicar a benesse na medida necessária e suficiente à reprimenda.

Repisa-se que, a fração de redução da pena prevista no § 4º, art. 33 da Lei nº 11.343/06, deve ser estabelecida pelo juiz sentenciante em consonância com as diretrizes inscritas na Lei de Drogas, de forma motivada e moderada, demonstrando ser adequada e suficiente à reprovação do crime.

Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, o magistrado, dentro do seu livre convencimento motivado, deve considerar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor de disposição expressa do art. 42 da Lei nº 11.343/06, para determinar o *quantum* de redução referente à causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

À conta de tais considerações, cabe ao julgador, dentro de seu livre convencimento motivado, atendendo-se ao disposto no art. 93, IX, da CF/88, sopesar o percentual a ser reduzido, podendo utilizar-se, para tanto, das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, tendo como preponderantes a natureza da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06.

Desta forma, totalmente equivocada a sentença, neste ponto, devendo ser operada a reforma nos termos das razões ministeriais, pois as circunstâncias do crime são péssimas, assim como a quantidade de entorpecentes.

Vale ressaltar que a consideração da quantidade de substância ilícita apreendida para a mensuração do *quantum* a ser reduzido pela incidência da causa especial de diminuição de pena inscrita no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/06, encontra respaldo na própria lei, não havendo que se falar em ocorrência de *bis in idem*.

A propósito, não se trata de violação ao princípio do *non bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

Com efeito, no primeiro momento da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico, os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada, em razão da minorante prevista no art. 33, 4.º, da Lei Antitóxicos.

Neste sentido, vide os seguintes julgados:

[...]

Cumprе salientar que o art. 42 da Lei nº 11.343/2006 é expрesso no sentido de que "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".

Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei de Drogas de modo adequado.

Portanto, merece reforma a r. sentença, para que seja aplicada a fração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínima de redução, qual seja, 1/6, pelos motivos acima expendidos.

Depreende-se dos *decisum* recorridos, que o Juiz de primeiro reduziu a pena da recorrente pela minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em 2/3 (dois terços) diante da impossibilidade de consideração da quantidade dos entorpecentes na fixação da pena-base e no *quantum* de redução da respectiva causa especial de diminuição, sob pena de violação ao princípio do *non bis in idem*.

A Corte local, por sua vez, assentou a possibilidade da quantidade de drogas e o fato de ter sido o entorpecente internalizado dentro de estabelecimento prisional, justificarem a majoração da pena-base, a majorante do art. 40, III, da Lei n.º 11.343/06 e a fração de redução do art. 33, § 4º, do mesmo Diploma Normativo, sem que houvesse violação ao princípio do *non bis in idem*, tendo, diante destas circunstâncias, reduzindo a fração de diminuição pelo art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos para 1/6 (um sexto).

Assim, constata-se que a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 foi aplicada em patamar inferior ao máximo com supedâneo na quantidade e no fato de ter sido o delito praticado dentro de estabelecimento prisional, elementos estes já levados em consideração quando da fixação da pena-base e no reconhecimento da majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas.

Dessarte, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do *ne bis in idem*, haja vista que as mesmas circunstâncias foram utilizadas em duas fases da dosimetria, ocorrendo, pois, sua dupla valoração.

Mister destacar que não se olvida o entendimento reiteradamente adotado por esta Corte no sentido de que seria plenamente possível a utilização da quantidade e/ou natureza da droga apreendida como fundamento para exasperar a reprimenda na primeira etapa da dosimetria, e, ainda, na terceira fase, para fins de a eleição do *quantum* de redução pela aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (v. g., HC n.º 229.691/MG, de minha relatoria, DJe 17.12.2013; AgRg no REsp n.º 1301.826/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 20.11.2013; AgRg no AREsp n.º 300575/SE, Ministra Marilza Maynard, DJe 13.9.2013).

Ocorre que, em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*.

Confira-se, por oportuno, a notícia publicada no Informativo n.º 733/STF, de 16 a 19 de dezembro de 2013:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Caracteriza *bis in idem* considerar, na terceira etapa do cálculo da pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendido, quando essas circunstâncias já tiverem sido apontadas na fixação da pena-base, ou seja, na primeira etapa da dosimetria, para graduação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Por outro lado, não há impedimento a que essas circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena. Essa a orientação do Plenário que, em face de divergências entre as Turmas quanto à interpretação e à aplicação do art. 42 da Lei 11.343/2006, tivera a questão jurídica controvertida submetida à sua apreciação (RISTF, art. 22, parágrafo único).

(...)

Assim, em meu sentir, ainda que a decisão proferida pela Suprema Corte não seja dotada de caráter vinculante, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena, deve ser abandonado o posicionamento que vinha sendo perfilhado por este Sodalício, a fim de se reconhecer a existência de *bis in idem* em razão da utilização dos mesmos fundamentos para majorar a sanção corporal em mais de uma etapa da dosimetria.

Com efeito, no momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso *bis in idem*.

No mesmo diapasão:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. AUMENTO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E QUALIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. POSIÇÃO DO PLENÁRIO DO STF.

1. A jurisprudência desta Corte estava sedimentada no sentido de que a utilização da quantidade e qualidade da droga apreendida tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não caracteriza *bis in idem* (HC n. 229.691/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/12/2013; AgRg no REsp n. 1301.826/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 20/11/2013).

2. No julgamento do HC n. 109.193/MG, em 19/12/2013, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que a utilização da quantidade e qualidade da droga tanto no estabelecimento 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. Diante da posição adotada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não há motivo para insistir na manutenção da tese contrária, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

até então vinha sendo acatada na Sexta Turma.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 1225059/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014)

Nesses termos, verificando-se que tanto a quantidade de droga quanto a prática do delito dentro do estabelecimento prisional já foram consideradas para, respectivamente, valorar a pena-base e determinar a incidência da majorante do inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, inviável sua consideração para determinar a fração de redução do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, devendo-se, neste ponto, ser restabelecida a sentença condenatória quanto à diminuição da reprimenda no *quantum* de 2/3 (dois terços), eis que os 2 (dois) fundamentos constantes do acórdão recorrido e que tinham sido objeto de pedido no recurso de apelação ministerial, se mostram inidôneos no caso pelos fundamentos já expostos.

Assim, de rigor a manutenção da redução em 2/3 (dois terços) da pena imposta à recorrente pela causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ficando sua reprimenda estabelecida nos exatos termos constantes da decisão monocrática - 2 (dois) anos, 6 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 254 (duzentos e cinquenta e quatro) dias-multa.

No que se refere ao regime inicial, igualmente mantém-se hígido o *decisum* agravado.

Cumpre salientar que a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - foi superada pelo Pretório Excelso, órgão responsável pela análise de compatibilidade das leis com a Constituição Federal, em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta - 3 anos -, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010).

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 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." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restou superada pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, devendo-se observar, para tanto, os termos do art. 33 do Código Penal.

Por fim, no que se refere à sustentada contrariedade ao artigo 5º, II, da Constituição Federal, tem-se que não é o recurso especial a sede própria para o desate da controvérsia, porquanto a análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação constitucional. Confirmam-se os precedentes:

"DIREITO PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. ARTS. 41 E 386, III, DO CPP. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 282/STF. PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO ESPECÍFICO DA CONDENAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. 1. Não é possível a esta Corte a análise de ofensa a dispositivo constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Pretório Excelso. 2. (...). 3. (...). 4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (REsp 1111847/TO, Rel. Min. HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUINTA TURMA, DJe 18/10/2010).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍCIOS INEXISTENTES. PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. PAUTA. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. 1. (...). 2. (...). 3. A violação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, não pode ser apreciada em sede de recurso especial. 4. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgRg no Ag 1041767/PR, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, DJe 20/10/2008).

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE SE REDISCUTIR A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LIDE. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE A TEXTO CONSTITUCIONAL. NÃO-CABIMENTO. REJEIÇÃO. 1. (...). 2. Ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial e, por decorrência lógica, em embargos de divergência, não compete a análise de contrariedade ao texto constitucional. 3. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgRg nos EAg 723.222/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, Dje 17/10/2008).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0253286-9

AgRg no
REsp 1.484.122 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02987018720128190001 201425451074 2987018720128190001

EM MESA

JULGADO: 04/11/2014

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. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ALINE MARTINS AQUINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CORRÉU : NILCIMAR ALEXANDRINO DIAS

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 : ALINE MARTINS AQUINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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 do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.