



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 513.154 - MG (2014/0108611-5)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RONDINELLY DE PAULO FRANCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. **1.** FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. **2.** CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO QUE EXIGE REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. **3.** REGIME INICIAL PARA OS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. UTILIZAÇÃO DOS PARÂMETROS DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. **4.** AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu, após exame das provas coligidas aos autos, a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos, destacando a primariedade do agente, os bons antecedentes e a não dedicação a atividades delitivas ou que integre organizações criminosas, circunstâncias que impedem conclusão em sentido contrário por esta Corte, por força da vedação contida no verbete sumular n. 7/STJ.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27 de junho de 2012, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 111.840/ES, por maioria de votos, 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. Dessa forma, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de delitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Diploma Repressivo, independentemente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado. Precedentes.

4. 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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 513.154 - MG (2014/0108611-5)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, com fulcro nos arts. 258 e 259 do RISTJ, no intuito de ver reformada decisão monocrática da minha lavra (fls. 279-283), por meio da qual conheci do agravo, mas neguei seguimento ao recurso especial. Confira-se a ementa da decisão:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. TESE QUE EXIGE REEXAME PROBATÓRIO. ENUNCIADO N. 7/STJ. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (fl. 279)

No presente recurso (fls. 289-292), o agravante aduz que não pretende o reexame de provas, mas sim a reavaliação do arcabouço probatório. Enfatiza, ainda, que a quantidade de entorpecentes – 23 pedras de crack e 2 tabletes de maconha – demonstra a dedicação do agravado à atividade criminosa e, por consequência, revela a impossibilidade de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Por fim, registra que, afastada a causa de diminuição, será inviável a manutenção do regime aberto, haja vista a quantidade de pena superar quatro anos de reclusão.

Pugna, com base nos argumentos expostos, pela reconsideração ou pelo provimento da irresignação no órgão colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 513.154 - MG (2014/0108611-5)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Não obstante os esmerados argumentos expendidos pelo agravante, estes não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão agravada:

Trata-se de agravo interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais, contra inadmissão, na origem, de recurso especial fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, manejado em face do acórdão de fls. 147/162, proferido pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado.

Consta dos autos que a agravada foi condenada pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 da Lei n. 11.343/2006 e 16, IV, da Lei n. 10.826/2003. A reprimenda foi arbitrada em 5 (cinco) anos de reclusão, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa para o tráfico e 3 (três) anos de reclusão, mais pagamento de 10 dias-multa, para o porte de arma.

Irresignada, a defesa apelou, buscando o reconhecimento da atipicidade da conduta de portar arma, bem como a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no percentual máximo.

O Tribunal de origem deu provimento ao recurso, conforme infere-se da seguinte ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO - ABSOLVIÇÃO PELO DELITO DO ART. 16, IV, DA LEI 10.826/03 - IMPOSSIBILIDADE - CONDOTA COMPROVADAMENTE TÍPICA, ILÍCITA E CULPÁVEL - CRIME DE PERIGO ABSTRATO E DE MERA CONDOTA - CONDENAÇÃO MANTIDA - APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 - NECESSIDADE - REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO COM ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA DO FECHADO PARA O ABERTO PROCEDIDO DE OFÍCIO. (fl. 152)

Nas razões do especial, alega o agravante violação aos arts. 33 da Lei n. 11.343/2006; 33 e 59 do Código Penal; e 2º da Lei 8.072/1990. Aduz, em síntese, que as provas dos autos são suficientes para atestar o envolvimento do agravado com organizações criminosas. Ressalta, com ênfase, que a quantidade e variedade de entorpecentes somada as demais circunstâncias do crime ratificam o seu pleito de afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Por fim, tece considerações quanto à impossibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de concessão de regime aberto para cumprimento de pena por crime hediondo.

Pretende, com fulcro nos argumentos expostos, a reforma do acórdão recorrido para obter o afastamento da causa diminuição e o restabelecimento do regime fechado.

O Tribunal de origem indeferiu o processamento do recurso especial, por verificar a incidência dos enunciados n.s 7 e 83 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 273/276, opinou pelo provimento parcial do recurso.

É o breve relatório.

DECIDO.

A irresignação não merece prosperar.

O Tribunal de origem ao reconhecer a incidência da causa de diminuição insculpada no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, consignou os seguintes fundamentos:

Em relação a esse delito, o apelante pleiteia tão somente a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

O apelante faz jus, sim, à aplicação da referida causa de diminuição, pois preenche todos os requisitos necessários à concessão do benefício. De fato, conforme a CAC de fl. 40, ele é primário, não possui maus antecedentes e inexistente prova nos autos que apontem sua dedicação a atividades criminosas nem que integre organização criminosa.

Penso que, além de supérfluo, se o requisito fosse observado da forma como proposta pelo juízo primevo, o dispositivo praticamente anularia a possibilidade de aplicação da minorante.

É que, como se sabe, o crime de tráfico é daqueles permanentes (cuja consumação se arrasta no tempo). Assim, a menos que o acusado provasse que a ação típica fora única, isolada, não caberia sua incidência, posto que, não o fazendo, necessária seria a conclusão de que o condenado já se dedicava a atividades criminosas.

Portanto, a meu ver, não há como sustentar que o apelante se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar a aplicação da minorante.

Tendo em conta a variedade, a natureza e a quantidade das drogas (461 g de maconha, divididos em 02 invólucros, e 3,95 g de cocaína, divididos em 23 invólucros), e em atendimento ao preceituado no art. 42 da Lei de Tóxicos, aplico a minorante em um quinto (1/5). (fls. 156/157)

É certo que a quantidade de drogas e sua diversidade podem, em análise conjunta com os demais elementos constantes do processo criminal, implicar na aferição de ser o agente dedicado à atividades criminosas, impedindo a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, como já decidiu este Sodalício Superior nos autos do HC n. 93.680/SP.

Contudo, no caso, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu, após exame das provas coligidas aos autos, a incidência da minorante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos, destacando a primariedade do agente, os bons antecedentes e a não dedicação à atividades delitivas ou à organizações criminosas, circunstâncias que impedem conclusão em sentido contrário, por este Sodalício Superior, por força da vedação contida no verbete sumular n. 7/STJ.

Imperioso mencionar, por fim, que nada obstante fosse previsto regime inicial fechado para os condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n. 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, o certo é que, a partir do julgamento do HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Assim, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, nas penas inferiores a 4 (quatro) anos de reclusão, o Superior Tribunal de Justiça passou a adequar o regime prisional, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal, a fim de que fossem observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

Mais recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, aos 27 de junho de 2012, ao julgar o **Habeas Corpus** n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, 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.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 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.

Nesse julgamento, lembrou o Relator Ministro Dias Toffoli que, "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 fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". Destacou, outrossim, "que 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".

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, o que ocorreu no caso em apreço.

Irreparável, portanto, o posicionamento do Tribunal de origem.

Ante o exposto, com fulcro no art. 544, § 4º, II, **b**, do Código de Processo Civil c/c art. 3º do Código de Processo Penal, conheço do agravo e nego seguimento ao especial.

Repita-se, por oportuno, a conclusão do Tribunal estadual quanto à possibilidade de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006:

O apelante faz jus, sim, à aplicação da referida causa de diminuição, pois preenche todos os requisitos necessários à concessão do benefício. De fato, conforme a CAC de fl. 40, ele é primário, não possui maus antecedentes e inexistente prova nos autos que apontem sua dedicação a atividades criminosas nem que integre organização criminosa.

Inconteste, portanto, que para promover o afastamento da referida benesse seria imprescindível exceder os fundamentos do acórdão impugnado e adentrar no exame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em recurso especial, consoante o enunciado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

Assim, em face da ausência de qualquer subsídio capaz de alterar os fundamentos da decisão, subsiste incólume o entendimento nela firmado, não merecendo prosperar o presente recurso.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0108611-5 **PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 513.154 / MG**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0384120022346 10384120022346 10384120022346001 10384120022346002
10384120022346003 10384120022346004 34911 3492011 384120022346

EM MESA

JULGADO: 07/08/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : RONDINELLY DE PAULO FRANCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 : RONDINELLY DE PAULO FRANCO
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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.