



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.378.153 - PR (2013/0131137-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : CATIA FERREIRA SOUZA
AGRAVANTE : JOSILENE COSTA SILVESTRE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO § 4º do ART. 33 DA LEI 11.343/2006. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA, NATUREZA E TRANSNACIONALIDADE DO DELITO QUE EVIDENCIAM DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 quando a expressiva quantidade da droga, sua natureza e a transnacionalidade do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa. Precedentes do STF e do STJ.

2. Agravo regimental improvido.

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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de junho de 2015(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.378.153 - PR (2013/0131137-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : CATIA FERREIRA SOUZA
AGRAVANTE : JOSILENE COSTA SILVESTRE
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 CATIA FERREIRA SOUZA e JOSILENE COSTA SILVESTRE contra decisão que negou seguimento ao seu recurso especial e deu provimento ao recurso especial do Ministério Público para, afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e "fixar a pena das rés em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo legal" (e-STJ fls. 645/652), cuja ementa segue transcrita:

RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. MECÂNICA DELITIVA, NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO (CRACK). FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSIÇÃO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

Recurso especial do Ministério Público a que se dá provimento; recurso especial da defesa a que se nega seguimento.

Em suas razões (e-STJ fls. 660/676), as agravantes sustentam que a pretensão recursal veiculada pelo *Parquet* demanda o reexame do conjunto fático-probatório, o que encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ, razão pela qual não poderia ter sido provido.

Ao final, pedem a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do presente recurso ao órgão colegiado para o fim de dar provimento ao presente recurso e, conseqüentemente, não conhecer ou julgar improvido o recurso especial interposto pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministério Público e prover o recurso especial da defesa.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.378.153 - PR (2013/0131137-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

O recurso não merece prosperar.

Afinal, as agravantes não trazem argumentos capazes de infirmar os fundamentos constantes da decisão agravada, proferida em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos seguintes (e-STJ fls. 645/652):

*Trata-se de dois recursos especiais, um interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, e o outro manejado por Catia Ferreira Souza e Josilene Costa Silvestre, com espeque no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.*

*Consta dos autos que Catia Ferreira Souza e Josilene Costa Silvestre foram condenadas às penas de 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, e 438 (quatrocentos e trinta e oito) dias-multa, no mínimo legal, uma vez que praticaram o crime de tráfico de drogas (art. 33, **caput**, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006).*

*Inconformada, a acusação interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido "para fazer incidir, com relação à acusada Catia Ferreira de Souza, a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em menor fração, e conceder, de ofício, a ordem de **habeas corpus**, consoante o permissivo do art. 654, § 2º, do CPP, para reduzir as penas-base aplicadas a ambas as corrés e fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento das sanções carcerárias impostas a ambas" (fl. 486). Eis o teor da ementa do julgado:*

PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. PENA-BASE. REDUÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. COCAÍNA (CRACK). DISSIMULAÇÃO DO DELITO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. BIS IN IDEM. LESIVIDADE DA CONDUTA À SOCIEDADE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO. REGIME PRISIONAL SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Incorre nas penas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente que transporta substância entorpecente de uso proscrito no País.

2. Em se tratando de tráfico de entorpecentes, a quantidade (6.120 g) e a natureza da droga (crack) apreendida autorizam o agravamento da pena-base. A cocaína é entorpecente de notórios efeitos maléficos ao organismo humano, que leva os seus usuários a um aumento progressivo da dependência físico-químico- psicológica. Possibilidade de exasperação das penas.

3. A dissimulação, mormente no tráfico de narcóticos, é elemento essencial para a obtenção do resultado criminoso pretendido, não sendo correto o agravamento da pena por ter o agente procurado evitar ao máximo a ação das autoridades responsáveis por coibir a referida conduta.

4. O tráfico de entorpecentes, justamente pela gravidade do ilícito e pelo desvalor da conduta diante da sociedade, já é objeto de maior censura por parte do Estado. As mazelas que o delito provoca no tecido social, por si só, não bastam para a consideração desfavorável das consequências do crime. É de perigo abstrato o crime do art. 33 da Lei nº 11.343, punindo-se a conduta pelo risco que ela representa para a saúde pública (bem jurídico tutelado pela norma).

5. O entendimento desta Corte, no que tange à carga atribuída (acréscimo de meses na pena-base) ao reconhecimento das vetoriais desfavoráveis, orienta-se no sentido de que o peso de cada circunstância judicial é calculado a partir do termo médio entre o mínimo e o máximo da pena cominada, do qual se deduz o mínimo, dividindo-se este resultado pelo número de circunstâncias. A presença de circunstância judicial negativa ao réu justifica um agravamento da pena pouco acima do mínimo legal, ficando tanto mais distante quanto mais forem as vetoriais desfavoráveis.

6. Indispensável, para a incidência da regra do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343, que o agente satisfaça, simultaneamente, aos requisitos legais. Se não há nos autos prova cabal de que o réu integra organização criminosa, deve ser aplicado o benefício em tela, porquanto a dúvida resolve-se em favor da defesa. As circunstâncias objetivas do fato ilícito e as subjetivas do agente devem ser sopesadas pelo julgador na fixação do quantum de redução de pena aplicado por força da minorante referida, não se prestando a tal finalidade a consideração acerca da quantidade e da natureza da droga, se as mesmas já serviram de critério para o agravamento da pena-base, sob pena de bis in idem. Precedentes.

7. Em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, restando superada a obrigatoriedade de imposição de regime de pena inicial fechado a crimes hediondos e assemelhados. Na fixação do regime prisional ao condenado pela prática do crime de tráfico de drogas serão observados os requisitos do art. 33 do CP, atentando-se, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/06, para a natureza e a quantidade de droga.

8. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, entendeu pela possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ao condenado pelo crime de tráfico de drogas, reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos, contida no caput do art. 44 da Lei nº 11.343/06 (HC nº 97256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 01.09.2010). Descabida a imposição de sanções alternativas quando não atendido um dos requisitos do art. 44, inciso I, do CP (pena inferior a 4 anos). A quantidade e a natureza da droga são critérios a nortear o julgador na tarefa de decidir sobre a imposição, ou não, de sanções alternativas ao condenado pela prática dos crimes definidos na Lei nº 11.343/06 (arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37).

A defesa, então, interpôs recurso especial, alegando violação do art. 44 do Código Penal. Sustenta, em síntese, que a quantidade e a natureza da droga apreendida não são circunstâncias aptas a impedir a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

A seu turno, o Ministério Público Federal aduz, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 33, § 3º, do Código Penal, 33, § 4º, e 42, ambos da Lei n. 11.343/06 e 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, ao argumento de que as rés não fazem jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ante a natureza e quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas. Pugna, também, pela imposição do regime prisional mais rigoroso, ou seja, o inicial fechado.

Petição de contrarrazões às fls. 565/571 e 574/579.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso ministerial e pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 637/643).

Brevemente relatado, decido.

De início, sobre a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, depreende-se dos autos que as rés estavam na posse de 6,12 Kg de crack, entorpecente este altamente danoso ao usuário e à sociedade, dada a alta toxicidade e dependência provocadas, a exigir maior rigor na repressão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Assim, face à natureza e quantidade de droga apreendida, a referida minorante não pode ser aplicada no caso em tela. É que o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar essas circunstâncias não só na fixação da pena-base, mas também na aplicação do redutor. Vale ressaltar que não se trata de violação ao princípio do **ne bis in idem**, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.*

Cumpra assinalar que a regra excepcional do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como destinatário o pequeno traficante, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo; não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida.

Revela-se razoável, portanto, o afastamento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, consoante se colhe dos seguintes precedentes:

A - HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

2. O Colegiado estadual afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da quantidade, da natureza e da diversidade das drogas apreendidas - 17 porções de maconha, 78 porções de crack e 16 porções de cocaína - , o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina 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, a personalidade e a conduta social do agente".

3. 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, bem como a substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. In casu, o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

6. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC n. 265.965/SP, relatora a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 01/07/2013)

B - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Embora o paciente tenha sido reconhecido como tecnicamente primário, incorre constrangimento ilegal quando a Corte originária entende que não satisfaz as exigências para a aplicação da causa de especial redução de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, diante da natureza, da diversidade e da expressiva quantidade de drogas apreendidas em seu poder - 222 porções de crack e 15 porções de cocaína -, circunstâncias que levaram à conclusão de que se dedicaria a atividades criminosas.

3. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

4. Ordem denegada.

*(HC n. 199.975/SP, relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe 29/03/2012)*

Destarte, passo ao redimensionamento da reprimenda.

Nesse mister, mantenho os parâmetros adotados pelo Tribunal de origem, afastando apenas a minorante empregada indevidamente na terceira fase de fixação da pena. Desse modo, a pena definitiva fica em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo legal.

No que concerne ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nada obstante seja 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 § 1º do art. 2º 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 anos de reclusão, entendo ser razoável a adequação do regime prisional, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena, na forma dos precedentes deste Tribunal.

Todavia, no caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 8 anos, o que permitiria, em tese, regime mais brando, torna-se mais adequado, na espécie, o regime mais rigoroso, levando em consideração a mecânica delitiva, a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder das rés, circunstância essa inclusive utilizada – como já visto – para afastar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Não destoa desse entendimento a jurisprudência deste Tribunal Superior:

A - HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, EM PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. CABIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (3,190 KG DE PASTA-BASE DE COCAÍNA).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILEGALIDADE INEXISTENTE.

(...)

2. A partir da interpretação das disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há nenhum constrangimento ilegal no ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de diminuição de pena, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, especialmente a natureza e a quantidade de droga apreendida (3,190 kg de pasta-base de cocaína - fl. 58), o que justifica uma maior reprimenda penal e impede, por sua vez, a aplicação da fração de 2/3, como pretendido.

3. É possível a fixação de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, levando-se em consideração a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 240.751/ES, relator o Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, DJe 01/08/2013)

B - PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO STF. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondo e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Desse modo, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nesta Lei.

- No caso, não obstante a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável responsável pelo aumento da pena-base, justifica a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 59, II c/c o art. 33, § 3º do CP. Precedentes.

- Ademais, esta Corte tem entendimento de que a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorreu (posse de expressiva quantidade de entorpecentes - 6.860 g de substância derivada de cocaína), autoriza a imposição do regime inicial fechado. Precedentes.

- A falta do implemento do requisito objetivo, pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, inviabiliza a concessão da benesse prevista no art. 44 do CP.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 251.087/MG, relatora a Ministra **MARILZA MAYNARD** (Desembargadora Convocada do TJ/SE), DJe 12/03/2013)

Por fim, diante da quantidade de pena aplicada, inviável se torna a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, não prosperando, desse modo, o recurso das acusadas.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial da defesa e dou provimento ao recurso especial do Ministério Público para, afastando a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fixar a pena das rés em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo legal.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2014.

Cabe consignar, por oportuno, que a aferição da correta aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a partir das circunstâncias fáticas delineadas no acórdão, mediante nova valoração jurídica, não encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ.

Com efeito, a exclusão da minorante, no caso, decorreu das circunstâncias aferidas na conduta delitiva, conforme premissas fáticas assentadas no acórdão, quais sejam, a posse de 6,12 kg de crack e a transnacionalidade do delito, o que permitiu concluir pela dedicação das ora agravantes a atividade criminosa.

No ponto, comporta relevo o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o transporte de expressiva quantidade de droga ao exterior afasta o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, pois evidenciam que o agente integra organização criminosa ou, ao menos, dedica-se a atividades criminosas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme fundamentos do voto condutor no HC 123.430/SP/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 18/11/2014.

Outrossim, também no âmbito desta Corte, entende-se que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. SÚMULA N. 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICA O REGIME FECHADO E A IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO DESPROVIDO. -

O Supremo Tribunal Federal - STF e o Superior Tribunal de Justiça possuem precedentes no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de "mula", integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (ut, AgRg no AREsp 63.966/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 31/10/2014).

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 653.702/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Sexta Turma, DJe 1º/6/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. ART. 44, I, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - No caso dos autos, as circunstâncias do crime (dentre elas, a expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas - 53,11 g de maconha, 116,58 g de crack e 27,78 g de cocaína) justificam o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", incorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (precedentes).

[...]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 309.244/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 21/5/2015)

Por fim, mantida a decisão no que concerne ao recurso ministerial, subsiste a fundamentação constante da decisão agravada para negar seguimento ao recurso especial da defesa, qual seja, a inviabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos em virtude da quantidade de pena aplicada.

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

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0131137-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no Resp 1.378.153 / PR**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50016384620114047017 50018047820114047017 51011 5102011
PR-50016384620114047017 PR-50018047820114047017

EM MESA

JULGADO: 18/06/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA DAS MERCÊS DE C. GORDILHO ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CATIA FERREIRA SOUZA
RECORRENTE : JOSILENE COSTA SILVESTRE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : OS MESMOS

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 : CATIA FERREIRA SOUZA
AGRAVANTE : JOSILENE COSTA SILVESTRE
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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.