



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.400.192 - PR (2013/0299483-5)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE : ELAINE DA SILVA**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

### **EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FRAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Consoante jurisprudência desta Corte, devem ser avaliadas as circunstâncias do caso concreto para estabelecer a fração de diminuição da pena pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

2. Havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento no patamar de 1/2, notadamente na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido, não há contrariedade ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

3. Embora a agravante haja sido condenada a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, foram apontados elementos concretos e idôneos, – notadamente a quantidade e a natureza da droga apreendida – que, efetivamente, evidenciam ser o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, consoante o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei de Drogas.

4. Embora a agravante haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, entendo que as peculiaridades do caso concreto (em especial, a natureza e a quantidade de drogas apreendidas) evidenciam, à luz do inciso III do art. 44 do Código Penal, que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostra uma medida socialmente recomendável.

5. Agravo regimental não provido.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2016

**Ministro Rogerio Schietti Cruz**



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.400.192 - PR (2013/0299483-5)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE : ELAINE DA SILVA**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

### **RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

**ELAINE DA SILVA** interpõe agravo regimental contra decisão de minha relatoria, na qual neguei seguimento ao recurso especial, em que se pretendeu a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo, a imposição de regime menos gravoso de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Alega a agravante que "é primária e portadora de bons antecedentes, não se dedica a atividade criminosa e não há nos autos certidões que afastem essa presunção" (fl. 348), portanto, a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve incidir no patamar máximo.

Na sequência, assevera que a fixação do regime mais gravoso foi baseada na gravidade abstrata do delito, por isso faz jus ao cumprimento da pena em regime inicial aberto, pois é primária e foi condenada a pena inferior a 4 anos.

Sustenta ainda ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto preenchidos os requisitos legais.

Pleiteia, portanto, a reconsideração da decisão anteriormente proferida ou o encaminhamento deste recurso para julgamento pelo órgão colegiado.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.400.192 - PR (2013/0299483-5)**

### **EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FRAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Consoante jurisprudência desta Corte, devem ser avaliadas as circunstâncias do caso concreto para estabelecer a fração de diminuição da pena pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.
2. Havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento no patamar de 1/2, notadamente na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido, não há contrariedade ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.
3. Embora a agravante haja sido condenada a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, foram apontados elementos concretos e idôneos, – notadamente a quantidade e a natureza da droga apreendida – que, efetivamente, evidenciam ser o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, consoante o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei de Drogas.
4. Embora a agravante haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, entendo que as peculiaridades do caso concreto (em especial, a natureza e a quantidade de drogas apreendidas) evidenciam, à luz do inciso III do art. 44 do Código Penal, que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostra uma medida socialmente recomendável.
5. Agravo regimental não provido.

### **VOTO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):**

Não obstante os esforços perpetrados pela ora agravante, não



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constato fundamentos suficientes a infirmar a decisão agravada, cuja conclusão mantenho.

### I. Contextualização

Depreende-se dos autos que a agravante foi condenada, em primeira instância, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em **regime inicial fechado**, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Consta da denúncia que agentes da Polícia Federal abordaram um ônibus que fazia o itinerário Foz do Iguaçu – Londrina, havendo encontrado duas embalagens presas com fitas adesivas nas pernas da acusada, totalizando **1.020 g de crack** (fl. 3).

Em apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da defesa, para aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, consequentemente, reduzir a reprimenda para **2 anos e 11 meses de reclusão**, mantidos os demais termos da sentença condenatória. Na ocasião, foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

### II. A fração da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, "Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Assim, observa-se que o dispositivo legal estabelece apenas os requisitos necessários para a aplicação da minorante nela prevista, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a fixação do *quantum* de diminuição de pena.

Nesse sentido, tanto a Quinta quanto a Sexta Turma deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, **as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal**,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.**

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida.

2. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.429.866/MT, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 1º/6/2015).

Na espécie, verifico que o Tribunal de origem entendeu devida a incidência da fração de 1/2, sob o fundamento de que "**a qualidade da droga, bem como a sua quantidade, não permitem a aplicação da minorante em seu patamar máximo**" (fl. 204), de modo que o aresto impugnado está em consonância com o posicionamento deste Superior Tribunal de que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, decidir sobre a aplicação do redutor e o seu coeficiente.

Assim, deve ser mantida inalterada a decisão ora agravada, **máxime porque a quantidade e a natureza da droga apreendida não foram sopesadas para fins de exasperação da pena-base.**

### III. Regime inicial de cumprimento de pena

No que tange ao modo de cumprimento de pena, verifico que o Tribunal de origem entendeu devida a fixação do regime inicial **fechado**, conforme a seguir descrito (fl. 204, destaquei):



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao **regime inicial de cumprimento da pena**, a jurisprudência afastou a vedação legal ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime mais brando do que o fechado (HC 107407, STJ).

Entretanto, **trata-se na hipótese de 'crack', entorpecente de elevadíssimo grau de nocividade para a saúde pública e em quantidade de 1020 g, que, considerando o modo como a droga é comercializada: em porções bastante reduzidas na forma de pequenas pedras, no caso, equivalente a mais de mil pedras.** Outrossim, o poder de destruição social e pessoal e o nível de dependência são elevadíssimos se comparados com outros entorpecentes, como a maconha ou até mesmo a cocaína em outras formulações. Nesse contexto, a reprovabilidade da traficância desse tipo de entorpecente é mais intensa, sendo recomendável, como resposta penal adequada, a manutenção do regime inicial fechado para cumprimento da pena.

Imperioso salientar que, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e de outros a eles equiparados.

Dessa forma, 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 reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 – se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

**Na espécie**, verifico que o Tribunal de origem entendeu devida a imposição do regime inicial fechado, com base nas **peculiaridades do caso concreto**, notadamente **na natureza e na quantidade** de drogas apreendidas em poder da agravante – **1.020 g de crack**.

Assim, embora a agravante haja sido condenada a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, entendo que foram apontados elementos



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concretos e idôneos que, efetivamente, evidenciam ser o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, consoante o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei de Drogas.

De mais a mais, verifico que a agravante não apresentou nenhum fundamento concreto para se alterar a conclusão a que chegou a decisão agravada, razão pela qual deve ser mantido o *decisum* por seus próprios fundamentos.

### **IV. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**

A Corte regional negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sob os seguintes fundamentos (fl. 204, destaquei):

**Tampouco se mostra viável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.** O caput e o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 dispõem:

'Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.'

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em liminar proferida pelo Exmo. Ministro Relator, Dr. Gilmar Mendes, no HC nº 111.051, publicada no DJE de 25/11/2011, interposto contra decisão deste Relator que julgou ação penal de tráfico internacional de entorpecentes (ACR nº 2009.70.02.001198-7/PR), deferiu o pedido, para, 'afastando a vedação legal, modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, bem como determinar que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região delibere sobre a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, segundo os requisitos previstos no art. 44 do CP, afastando a situação de ser a paciente estrangeira sem residência fixa no Brasil'.

**Contudo, por se tratar de significativa quantidade de 'crack', não é cabível a substituição da pena.**

Sobre a matéria posta em discussão, menciono que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Assim, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões pela Suprema Corte, mostra-se possível, **em princípio**, proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Vale mencionar, ainda, que o Senado Federal promulgou a Resolução n. 5 (15/2/2012), determinando a suspensão da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Contudo, é imperioso salientar que, para a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram previstos no art. 44 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

No caso, embora a recorrente seja tecnicamente primária e possuidora de bons antecedentes e não obstante haja sido condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, verifico que **a Corte regional fundamentou, concretamente, o indeferimento do benefício em questão**, havendo salientado que, **"por se tratar de significativa quantidade de 'crack', não é cabível a substituição da pena"** (fl. 204).

Dessa forma, conquanto a recorrente haja sido condenada a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, entendo que as peculiaridades do caso concreto (em especial, a natureza e a quantidade de drogas apreendidas) evidenciam, à luz do inciso III do art. 44 do Código Penal, que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostra uma medida socialmente recomendável.

Nesse sentido, menciono o seguinte julgado:

[...]

Devidamente fundamentada a negativa substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da natureza e da quantidade das drogas apreendidas, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

[...]

(HC n. 239.732/DF, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 22/4/2013)

### V. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0299483-5

**AgRg no**  
**REsp 1.400.192 / PR**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50087126520124047002 PR-50071363720124047002 PR-50087126520124047002

PAUTA: 19/04/2016

JULGADO: 19/04/2016

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : ELAINE DA SILVA  
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 : ELAINE DA SILVA  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

#### **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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.