

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.354.188 - MS  
(2018/0221922-4)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**AGRAVADO : SARA DOS SANTOS BESSA**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

**DECISÃO**

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL** agrava de decisão que inadmitiu seu recurso especial, interposto com base na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça daquele estado** na Apelação n. 0003986-07.2014.8.12.0019.

Nas razões recursais, o *Parquet* sustenta a violação do art. 44, III, do Código Penal, ao argumento de que as circunstâncias do delito, especialmente a grande quantidade de drogas apreendidas (800 g de crack e 80 g maconha), inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Requer, assim, seja **afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

A Corte local não admitiu o recurso especial, o que ensejou a interposição deste agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.

**Decido.**

O agravo é tempestivo e **preencheu os demais requisitos de admissibilidade.**

Quanto ao recurso especial, observa-se o mesmo. Com efeito, a substituição da reprimenda foi tratada pelo acórdão, a **evidenciar o prequestionamento da matéria.** Além disso, o recurso apresenta **argumentação suficiente** para permitir a compreensão da tese, e a sua apreciação **prescinde de revolvimento do contexto fático-probatório dos**

**autos.**

Em primeira instância, a ora agravada foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, ambos da Lei n. 11.343/2006. A reprimenda foi assim individualizada (fls. 204-205, grifei):

A natureza da droga indica apenas uma substância, o que lhe é favorável, ante a não diversidade de substâncias. O tipo de droga, no entanto, (sic) são relevantes, somando 800 gramas de crack, o que lhe desfavorece. A culpabilidade, entendida como a reprovabilidade da conduta, não ultrapassa os limites trazidos pela norma penal; quanto aos antecedentes, conforme firme entendimento do e. STJ, em respeito ao princípio (sic) da não culpabilidade, somente podem ser considerados em desfavor do réu os fatos pelos quais houver sentença condenatória transitada em julgado antes da conduta criminosa ora julgada; sua conduta social, pelo mesmo motivo, não pode ser utilizada em seu desfavor e, além disso, outros elementos não há para que essa circunstância aumente sua pena; quanto à personalidade do agente são necessários elementos técnicos para sua aferição e tais elementos não constam nos autos; os motivos do crime estão previstos no próprio tipo penal; as circunstâncias foram normais para a espécie; as consequências do crime foram graves e já são punidas na tipicidade objetiva do delito; não há que se falar em comportamento da vítima.

Sopesadas essas circunstâncias, fixo sua pena-base em 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, sendo cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Na segunda fase, em razão da confissão, atenuo sua pena em 01 ano e 100 dias-multa, alterando-a para 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Na terceira fase, compenso as causas de aumento e diminuição fixadas ambas em 1/4.

**Dessa forma, torno sua pena definitiva em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa no patamar fixado.**

**Considerando a quantidade de pena que lhe foi imposta, a circunstância judicial negativa, e a inexistência de qualquer antecedente, a quantidade e tipo de droga, aplico o regime aberto para iniciar o cumprimento da pena.**

Mantenho sua liberdade pelos mesmos fundamentos apontados pela segunda instância e em razão do regime de pena ora aplicado.

# Superior Tribunal de Justiça

Irresignada, a defesa recorreu. A Corte local deu parcial provimento ao apelo, a fim de reconhecer a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo e reduzir a fração de aumento do tráfico interestadual para 1/6, nos seguintes termos (fl. 310, destaquei):

O argumento constante da sentença, no sentido de que a droga era transportada em ônibus de passageiro, também não justifica a limitação da indigitada diminuta, pois entender que o simples fato de alguém ser preso transportando entorpecente em transporte público é suficiente para majorar a pena, implicaria valoração discriminatória aos hipossuficientes, sem nenhuma razão substancial plausível, pois o agente que transportar drogas de automóvel particular, por ter condições financeiras de realizar a conduta com meios próprios, terá pena menor do que aquele que o faz por transporte público em decorrência da respectiva pobreza.

Portanto, a redutora em questão deve ser aplicada em 2/3, ou seja, no patamar máximo legalmente previsto.

Logo, a pena final da recorrente deve ficar ajustada em 01 ano e 11 meses de reclusão e 194 dias-multa.

**Deve ser mantido o regime inicial aberto. Considerando a primariedade, a pena imposta e a existência de circunstâncias judiciais em sua maioria favoráveis, é possível substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução (CP, artigo 44, I).**

Por fim, é necessário afastar a hediondez do delito, por força da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 118.533/MS (23/06/2016), cujo teor coincide com o entendimento que sempre defendi e que momentaneamente e com ressalvas deixei de aplicar por conta da malfadada súmula 512 do STJ, súmula que, inclusive, foi recentemente cancelada pela Terceira Seção do STJ.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso interposto por Sara dos Santos Bessa, a fim de: a) aplicar em 2/3 a causa de diminuição do no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006; b) reduzir o patamar de aumento do tráfico interestadual para 1/6, redimensionando a pena; c) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução, e afastar a hediondez do delito. Decisão em parte com o parecer.

Pela análise dos excertos acima transcritos, verifico que **assiste razão ao ora agravante.**

Com efeito, não obstante a ré haja sido condenada a pena

# *Superior Tribunal de Justiça*

inferior a 4 anos de reclusão, **a valoração negativa da quantidade e da natureza das drogas apreendidas – 800 g de crack e 80 g de maconha** – evidencia que, no caso, a substituição da reprimenda não se mostra uma medida socialmente recomendável, nos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

Por fim, ante o esgotamento das instâncias ordinárias – como no caso –, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", parte final, do RISTJ, **conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, a fim de afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.**

Em tempo, determino o envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para a imediata execução da pena caso a agente não a esteja cumprindo atualmente.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 24 de setembro de 2018.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**