

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.399.301 - TO  
(2018/0306087-4)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE : KLEDNA CRISTINE BARRETO**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS**

**DECISÃO**

**KLEDNA CRISTINE BARRETO** agrava da decisão que inadmitiu o recurso especial de fls. 391-401, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins** na Apelação Criminal n. 0007915-49.2018.827.0000.

Consta dos autos que a ora agravante foi condenada à pena de 7 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao fundamento de que a fração da minorante deve ser aplicada em seu patamar máximo.

Aduz, ainda, que deve ser estabelecido o regime penitenciário semiaberto para início do cumprimento da pena.

Requer o provimento do recurso, para que (fl. 400):

- I. Reconhecer a figura do tráfico privilegiado, em seu grau máximo, nos termos do disposto previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, bem como redefinir o consequente regime de pena adequado;
- II. Estabelecer o Regime prisional semiaberto, conforme previsão contida no Código Penal Brasileiro;
- III. Que considere como parte integrante do presente recurso, os fundamentos jurídicos indicados pela Defensoria Pública nas razões de Apelo.

O recurso especial foi inadmitido durante o juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal de origem (fls. 410-413), o que ensejou a interposição de agravo em recurso especial (fls. 419-429).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão

de ordem de habeas corpus, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

**Decido.**

## **I. Admissibilidade**

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

Quanto ao recurso especial, apesar de tempestivo, não preenche os requisitos constitucionais, legais e regimentais para o seu processamento, porquanto não foi prequestionada a questão relativa ao regime inicial de cumprimento, bem como o recurso apresenta fundamentação deficiente, quanto à possibilidade de serem reapreciados os fundamentos jurídicos trazidos na apelação.

## **II. Contextualização**

A recorrente foi condenada, em primeira instância, à pena de 7 anos e dois meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006. A reprimenda foi assim individualizada (fls. 156-160, grifei):

Analisando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, vejo que o grau de culpabilidade da conduta da ré é normal. Praticou o crime com pleno domínio da inteligência, sendo-lhe exigível que se comportasse de maneira diversa.

Sobre sua conduta social nada se pode dizer. Sobre sua personalidade nada a acrescentar. Sobre seus antecedentes nada consta. O motivo do crime é identificável como o desejo de obtenção de lucro fácil, o que já é punido pelo próprio tipo penal. As circunstâncias do crime nada revelam em especial. As consequências deste delito são as normais para a espécie. O artigo 42 da Lei de Drogas dispõe 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". **Assim, com base no dispositivo acima, fixo a pena base em 05 anos de reclusão.**

Não existe agravante, bem como atenuante.

Inexistem causas de aumento de pena.

Verifico a ocorrência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.340/06, uma

vez que a acusada não se dedica às atividades criminosas. Assim, com base no referido dispositivo legal, **reduzo a pena base em um sexto, e assim o faço em razão da grande quantidade de substância entorpecente apreendida, sendo mais de dez quilos. Assim, a pena final fica fixada em 04 anos e 02 meses de reclusão e 417 dias multa.**

[...]

Analisando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, vejo que o grau de culpabilidade da conduta da ré é normal. Praticou o crime com pleno domínio da inteligência, sendo-lhe exigível que se comportasse de maneira diversa. Sobre sua conduta social nada se pode dizer. Sobre sua personalidade nada a acrescentar. Sobre seus antecedentes nada consta. O motivo do crime é identificável como o desejo de obtenção de lucro fácil, o que já é punido pelo próprio tipo penal. As circunstâncias do crime nada revelam em especial. As consequências deste delito são as normais para a espécie. O artigo 42 da Lei de Drogas dispõe 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". Assim, com base nos dispositivos acima, **fixo a pena base em 03 anos de reclusão e 700 dias multa.**

Não existe agravante, bem como atenuante.

Inexistem causas de aumento e diminuição de pena.

**Torno definitiva a pena base.(sic)**

Irresignada, a defesa recorreu. O Tribunal *a quo* manteve a sentença de primeiro grau, sob a seguinte motivação (fls. 358-360,destaquei):

Referente às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifico que todas são favoráveis as apelantes Luana Inácio de Lima e Kledna Cristine Barreto, tendo as penas-bases sido assentadas no patamar mínimo legal.

**Quanto às circunstâncias judiciais específicas do crime de tráfico de drogas estabelecidas no art. 42, da Lei nº 11.343/06, relativas à natureza e quantidade da substância entorpecente, mais de dez quilos de maconha, entendo desfavoráveis as rés.**

A "maconha" possui alto poder de destruição e foi apreendida em grande quantidade, devendo, portanto, ser mantida a fração aplicada pelo magistrado da instância singela.

Por fim, não merece prosperar também o descontentamento defensivo da acusada Luana Inácio de Lima acerca da fixação da pena de multa, já que a prestação pecuniária é sanção cumulativa à pena corporal e não cabe ao julgador afastá-la, para não violar o princípio da legalidade.

Aliás, na fixação do montante a título de pena de multa deve o juiz agir de forma equivalente à situação econômica dos réus, observando, assim, critérios de razoabilidade e proporcionalidade com a pena privativa de liberdade imposta.

Ademais, no presente caso, referida sanção mostrou-se proporcional, guardando estreita relação com o montante de pena corporal.

Sendo assim, não prosperam as alegações dos recorrentes, devendo ser mantida na íntegra a sentença condenatória.

Observa-se, assim, que o acórdão, apesar de considerar desfavorável à ré a circunstância relativa à quantidade de drogas (aproximadamente 10 kg de maconha), não alterou a pena-base fixada.

Feito esse registro, passo ao exame das teses defensivas.

### **III. 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 determinar os parâmetros para a fixação do *quantum* de diminuição de pena.

Nesse sentido, tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas 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**,

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

A propósito, confira-se o seguinte julgado: **AgRg no REsp n. 1.429.866/MT**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 1º/6/2015.

No caso, o Juiz de primeiro grau, no que foi acompanhado pela Corte estadual, considerou devida a incidência da **fração de 1/6**, "em razão da grande quantidade de substância entorpecente apreendida, sendo mais de dez quilos" (fl. 157), de maneira que, havendo sido **concretamente fundamentada** a aplicação da minorante em comento no referido patamar, não identifiquei nenhum constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima a recorrente neste ponto, **máxime porque a quantidade de drogas apreendidas não foi sopesada para fins de exasperação da pena-base** (que, aliás, ficou estabelecida no mínimo legal – fl. 157).

Registro, ainda que, apesar de condenada pela prática do delito de associação para o tráfico, foi a agravante beneficiada pela causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o que, por si só, demonstra a clemência das instâncias inferiores na dosagem de sua reprimenda.

Ademais, destaco que, segundo entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias" (**HC n. 122.184/PE**, Rel. Ministra **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 5/3/2015), **situação que, no entanto, não ficou caracterizada nos autos.**

#### **IV. Regime inicial de cumprimento da pena**

A questão atinente ao regime inicial de cumprimento da pena não foi tratada pelo acórdão.

Quanto à tese relativa ao referido regime inicial de cumprimento, **observe a ausência do devido prequestionamento**, o que atrai o óbice previsto na Súmula n. 282 do STF.

No caso, a defesa nem sequer opôs embargos declaratórios a fim de provocar a Corte de origem a se pronunciar sobre a matéria.

Conforme reiterada jurisprudência do STJ, para que se atenda ao requisito do **prequestionamento**, é necessário que **a questão haja sido objeto de debate pelo Tribunal de origem**, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca do dispositivo legal apontado como violado, **o que, como visto, não foi nem mesmo oportunizado na espécie**.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

[...] 1. É condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que o acórdão recorrido tenha emitido juízo de valor expresso sobre a tese jurídica que se busca discutir na instância excepcional, sob pena de ausência de pressuposto processual específico do recurso especial, o prequestionamento. Inteligência dos enunciados 211/STJ, 282 e 356/STF. [...] 9. Agravo regimental a que se nega provimento (**AgRg no AREsp n. 665.385/PR**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 13/4/2015).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA DE RESPONSABILIDADE SECURITÁRIA. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

2. Ademais, ainda que fosse possível superar o óbice verificado, observa-se que as teses de ilegitimidade ativa e passiva não foram objeto de análise pelo acórdão recorrido, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial ante o teor das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

3. Ressalte-se que, mesmo quando se tratar de matéria de ordem pública, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de ser indispensável o prequestionamento para fins de conhecimento do recurso especial.

4. Agravo interno não provido. (**AgInt no AREsp n. 832.307/PR**, Rel. Ministro **Luis Felipe Salomão**, 4ª T., DJe 18/10/2016)

Ademais, embora a recorrente haja sido condenada a reprimenda superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão e fosse tecnicamente primária ao tempo do delito, **à luz das particularidades do caso concreto** – notadamente, a quantidade de drogas

apreendidas, **pouco mais de 10 kg de maconha** –, que o **regime inicial mais gravoso** é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com atenção também ao previsto no art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse contexto, destaco estarem ausentes os requisitos ensejadores da concessão de habeas corpus de ofício.

**V. Impossibilidade de considerar como parte integrante do presente recurso os fundamentos jurídicos indicados pela Defensoria Pública nas razões de apelo.**

Os fundamentos delineados no recurso de apelação não podem integrar, por simples remissão, os motivos delineados no recurso especial, cumpre ao recorrente detalhar e descrever de maneira expressa a violação da lei federal e os dispositivos legais a serem apreciados no âmbito desta Corte superior.

Desse modo, consignada a deficiência de fundamentação do recurso, incide o verbete sumular n. 284 do STF.

**VI. Execução imediata da pena**

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.

**VII. Dispositivo**

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, IV, "a", do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ, **conheço do agravo e, parcialmente, do recurso especial para, nessa extensão, negar-lhe provimento.**

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

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator

