



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 605.512 - DF (2014/0274921-1)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : WILLIAN GONÇALVES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE.

I - A exacerbação da pena-base fundamentada na natureza e quantidade do entorpecente apreendido (**crack**), atende ao disposto no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

II - Outrossim, a fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, na linha do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, pode ensejar, como no caso, a fixação de regime mais gravoso e a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos. (**Precedentes**).

Agravo regimental desprovido.

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 605.512 - DF (2014/0274921-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: WILLIAN GONÇALVES DE OLIVEIRA interpôs agravo regimental em face da decisão que conheceu do agravo, mas negou seguimento ao recurso especial manejado em face do v. acórdão proferido pela eg. Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Nas razões deste regimental, o agravante repisa os argumentos apresentados no recurso especial, sustentando, em síntese, que a pena-base foi exasperada sem a apresentação de fundamentos jurídicos idôneos e que a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 deve ser aplicada em seu patamar mais elevado.

Pugna pela reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, pela submissão do agravo à Turma julgadora.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 605.512 - DF (2014/0274921-1)

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE.

I - A exacerbação da pena-base fundamentada na natureza e quantidade do entorpecente apreendido (**crack**), atende ao disposto no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

II - Outrossim, a fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, na linha do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, pode ensejar, como no caso, a fixação de regime mais gravoso e a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos. (**Precedentes**).

Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Em que pesem os argumentos da agravante, o recurso não merece prosperar, devendo ser mantido o **decisum** agravado por seus próprios fundamentos, **verbis**:

"O presente agravo não merece prosperar, pois o recurso especial ao qual ele se refere é inviável.

Nas razões do apelo nobre, indica violação ao art. 59 do Código Penal e 42 da Lei nº 11.343/06. Sustenta, em síntese, que apenas a natureza da droga não pode servir para majorar a pena-base. Argumenta, também, que o regime inicial mais gravoso foi fixado sem a apresentação de fundamentação juridicamente idônea para justificar a exasperação.

Ao manter o acréscimo da pena-base, o Tribunal de origem entendeu que o fundamento apresentado pelo juízo de piso - a busca pelo lucro fácil aliada à natureza e quantidade da droga - era suficiente para justificar a exasperação (fls. 158-159 e fl.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

221).

Tem sido assente nesta Corte o entendimento de que a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, impede a revisão da reprimenda por esta Corte Superior, exceto se for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que caberá a reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

Na situação destes autos, verifico que o aumento da pena-base em razão da quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas em poder do réu mostra-se, de fato, fundamentado, pois está em estrita sintonia com o estabelecido pelo art. 42 da Lei nº 11.343/06.

Desse modo, tendo em vista a apreciação negativa de tais vetores, revela-se a gravidade concreta do delito e a periculosidade do agente, o que sustenta de maneira satisfatória a decisão de fixar a pena acima do piso legal.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE EXASPERADA EM RAZÃO DA NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/3 NA SEGUNDA FASE. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A reprimenda imposta ao paciente encontra-se fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador, sendo a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da natureza, quantidade e variedade das drogas.

Precedentes.

3. Possibilidade de agravamento da pena em 1/3, na segunda fase da dosimetria, em razão da reincidência específica.

*4. Habeas corpus não conhecido" (HC 305.029/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, DJe de 3/12/2014).*

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PACIENTE ANDERSON: IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PACIENTE GEREMIAS: QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA A NEGATIVA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

[...]

2. As instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - 49 g de cocaína, 24,15 g de crack e 60,32 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

[...]

*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria do paciente GEREMIAS, utilizando a quantidade e/ou a natureza da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena" (HC 302.792/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 3/12/2014).*

Em relação ao regime inicial, o Tribunal de origem entendeu que, muito embora a pena definitiva (3 anos e 6 meses de reclusão) permitisse a fixação do regime aberto, este se mostrava inadequado em face da natureza e da quantidade dos entorpecentes apreendidos em poder do réu, razão pela qual o regime inicial mais gravoso foi tido como adequado (fls. 222-223).

*De fato, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33 e do art. 59, ambos do Código Penal, bem como os enunciados 440 da súmula do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal (HC n. 277.310/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014).*

*Todavia, revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto nos arts. 59, 33, §§2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial **semiaberto** ao recorrido, pois, em que pese condenado à pena inferior a 4 anos e primário, ostenta condições judiciais desfavoráveis, configuradas em razão da quantidade e natureza do entorpecente.*

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PENAL MAIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GRAVOSO E PARA O INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 4 anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

2. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a natureza e quantidade da droga apreendida (15 porções de cocaína), é fundamento idôneo para negar a benesse relativa à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, conforme o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo Regimental improvido" (AgRg no REsp 1.462.967/SC, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, DJe de 20/2/2015).

"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME SEMIABERTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E QUALIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE.

1. Esta Corte Superior de justiça se posiciona no sentido de ser possível o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, bem como pela possibilidade de não substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que a decisão esteja alicerçada em elementos concretos contidos nos autos, o que se evidencia na hipótese, considerando-se a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como em razão da quantidade e qualidade da droga apreendida, conforme os fundamentos do acórdão impugnado acima supracitados, situação que enseja a aplicação da Súmula n. 83/STJ.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp 597.845/DF, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, DJe de 2/2/2015).

"PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTIMAÇÃO PRÉVIA DO AGRAVANTE. DESCABIMENTO. PROCESSOS LEVADOS EM MESA. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO. SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL E REGIMENTAL. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. ESTABELECIDO O REGIME INICIAL SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. In casu, considerando que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis - a significativa quantidade de droga apreendida e as consequências do crime -, e que a pena privativa de liberdade foi fixada em definitivo no patamar de 03 (três) anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, é cabível a fixação do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no artigo 33, § 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AgRg no REsp 1.388.709/MG, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 22/8/2014).

*Diante do exposto, **conheço** do agravo, mas **nego seguimento** ao recurso especial, nos termos do art. 544, § 4º, II, **b**, do Código de Processo Civil, c.c art. 3º do Código de Processo Penal" (fls. 325-329).*

Outrossim, a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, como no caso, impede a concessão da substituição da pena. A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA O INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a quantidade da droga apreendida (acima de 19kg de maconha), é fundamento idôneo para negar a benesse relativa à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, conforme o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal. Precedentes.

2. Agravo Regimental improvido" (AgRg no REsp n. 1.385.704/PR, Sexta Turma, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe de 5/2/2016).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INDEFERIMENTO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO VÁLIDO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Não fere o princípio do no bis in idem, tampouco a orientação do eg. Supremo Tribunal Federal, a utilização das circunstâncias desfavoráveis - quantidade e natureza da droga apreendida - tanto na fixação da pena privativa de liberdade como na análise da possibilidade de sua eventual substituição, nos termos do art. 44 do Código Penal." (AgRg no REsp 1.444.158/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 9/10/2015.) 2. Não se mostra socialmente adequada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos exatos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal, uma vez considerada a natureza e quantidade da droga apreendida com o agravante (27 porções de crack).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Agravo regimental não provido*" (AgRg no REsp n. 1.430.896/DF, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe de 1º/12/2015).

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0274921-1

AgRg no
AREsp 605.512 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00451005220138070001 20130110451000 451005220138070001 81901183381318

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : WILLIAN GONÇALVES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

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 : WILLIAN GONÇALVES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.