



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.433.071 - AM (2014/0018795-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : ANDRÉ LUIZ LOPES FERNANDES DE SOUZA
ADVOGADO : DEMÉTRIO WEILL PESSÔA RAMOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MOTIVOS. FUNDAMENTOS ADEQUADOS. OFENSA AO ART. 93, IX, DA CF/88. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS NEGATIVAMENTE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A variedade de armas apreendidas na posse do recorrente, inclusive de curto e grosso calibre, às quais a Corte de origem chamou de "arsenal de armas e munições, suficientes para municiar uma pequena unidade militar", refletem um plus de reprovabilidade na conduta da agente, suficiente para a majoração da pena-base a título de culpabilidade do agente.

2. Uma vez apontados elementos concretos que autorizam a conclusão pela desfavorabilidade dos motivos do delito, haja vista a finalidade espúria da conduta delituosa, voltada ao fornecimento de armas e munições a quadrilhas ou bandos perigosos, ausente qualquer constrangimento ilegal a ser sanado nesse ponto.

3. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

4. "É assente, nas Cortes Superiores, o entendimento de que reconhecido elemento judicial tido como negativo, capaz de elevar a pena-base além do mínimo legal, (art. 59 do CP), revela-se motivação capaz de estipular o regime inicial fechado (art. 33, § 3º, do CP)". (RHC 34.887/PE, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, DJe 27/02/2013)

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 28 de abril de 2015(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.433.071 - AM (2014/0018795-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : ANDRÉ LUIZ LOPES FERNANDES DE SOUZA
ADVOGADO : DEMÉTRIO WEILL PESSÔA RAMOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por ANDRÉ LUIZ LOPES FERNANDES DE SOUZA, contra decisão monocrática, de minha lavra, que deu parcial provimento ao recurso especial do ora agravante, para reduzir sua reprimenda corporal, nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 93, IX, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 16 DA LEI Nº 10.826/03. DISPOSITIVO DE LEI QUE NÃO AMPARA A PRETENSÃO RECURSAL. VIOLAÇÃO AO ART. 65, III, "D", DO CP. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. CONTRARIEDADE AO ART. 59 DO CP. PARCIAL OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MOTIVOS. FUNDAMENTOS ADEQUADOS. CONSEQUÊNCIAS. IMPROPRIEDADE. OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. PENA-BASE REDUZIDA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (fls. 11902/11913)

Sustenta o recorrente, às fls. 11923/11933, que a valoração negativa das circunstâncias judiciais dos motivos e da culpabilidade padeceria de fundamentação idônea, de modo que, a seu ver, deveria também ter sido extirpada da pena em sua primeira fase.

Além disso, salienta quanto à apontada violação ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, "que o Superior Tribunal de Justiça pode sim realizar controle de constitucionalidade, consoante permissivo do art. 97 da Constituição Federal", além do que "a temática da ausência de fundamentação não encontra respaldo apenas na Carta Magna, mas também no Código de Processo Penal, não se tratando de matéria a qual essa Corte não possa se manifestar, mesmo porque devidamente prequestionada, dizendo respeito sobre a liberdade das pessoas".

Por fim, aduz que não haveria motivação idônea para a fixação do regime inicial fechado para cumprimento inicial da reprimenda.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.433.071 - AM (2014/0018795-9)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MOTIVOS. FUNDAMENTOS ADEQUADOS. OFENSA AO ART. 93, IX, DA CF/88. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS NEGATIVAMENTE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A variedade de armas apreendidas na posse do recorrente, inclusive de curto e grosso calibre, às quais a Corte de origem chamou de "arsenal de armas e munições, suficientes para municiar uma pequena unidade militar", refletem um plus de reprovabilidade na conduta da agente, suficiente para a majoração da pena-base a título de culpabilidade do agente.

2. Uma vez apontados elementos concretos que autorizam a conclusão pela desfavorabilidade dos motivos do delito, haja vista a finalidade espúria da conduta delituosa, voltada ao fornecimento de armas e munições a quadrilhas ou bandos perigosos, ausente qualquer constrangimento ilegal a ser sanado nesse ponto.

3. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

4. "É assente, nas Cortes Superiores, o entendimento de que reconhecido elemento judicial tido como negativo, capaz de elevar a pena-base além do mínimo legal, (art. 59 do CP), revela-se motivação capaz de estipular o regime inicial fechado (art. 33, § 3º, do CP)". (RHC 34.887/PE, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, DJe 27/02/2013)

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, nos termos do assentado no *decisum* vergastado, denota-se que o magistrado de piso assim fixou a dosagem penal do recorrente pela prática do crime previsto no artigo 16 da Lei nº 10.826/03:

"Culpabilidade: a censurabilidade do comportamento do agente é mais do que acentuada. Está devidamente comprovado que ele tinha em sua residência várias armas e munições de uso proibido e/ou restrito, demonstrando assim a sua intensa periculosidade.

Antecedentes: O acusado é primário, não há nos autos certidão cartorária dando conta de sentença penal condenatória transitada em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado e também não possui maus antecedentes.

Conduta Social: não há nos autos provas que maculem a conduta social do acusado.

Motivos: o acusado tinha em sua residência, pistolas, rifles e munições de uso restrito e/ou proibido com o fim de comercializá-las.

Circunstâncias: as circunstâncias do crime já foram levadas em consideração por ocasião da decisão de mérito. O acusado foi capturado em sua residência com vários armamentos e acessórios de uso restrito ou proibido.

Consequências: são gravíssimas as consequências da infração. Denota que o acusado tinha várias armas em sua residência para efetuar a venda das mesmas para quem objetivasse comprar uma arma de fogo e acessório, não medindo as consequências de seu ato, que poderia até abastecer quadrilhas ou bandos perigosos.

Principalmente as consequências da infração (posse de várias armas, de curto e longo calibre e também de diversas munições), mas considerando também as circunstâncias da infração, autorizam a fixação da pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa sendo o valor do dia-multa em 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente no País

Não existem agravantes genéricas a serem analisadas, o acusado não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 61 do CP.

Porém, por ter 'confessado' (art. 65, III, 'd' do CP) perante este magistrado a prática da presente ação penal, diminuo a reprimenda em 06 (seis) meses, ficando a mesma em 05 (cinco) anos de reclusão.

Não gravitam causas especiais de aumento, assim como não há causas de diminuição a serem analisadas.

Destarte, torno definitiva a pena de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, sendo o valor do dia-multa em 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente no País que DEVERÁ SER CUMPRIDA INICIALMENTE EM REGIME FECHADO (art.33 § 3º do CP)". (fls. 7771/7772)

Por seu turno, quanto ao tema, dosimetria da pena, assim pronunciou-se a Corte de origem:

"Sem delongas, adianto que a sentença proferida em primeiro grau é legalmente perfeita, pois foi devidamente fundamentada, uma vez que foram consideradas as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado, dentro dos parâmetros do sistema trifásico e, em harmonia com os demais elementos probatórios.

A materialidade do crime praticado pelo Apelante, descrito no Art. 16 da Lei nº10.826/03, resta plenamente configurada, ante a apreensão em seu poder, conforme Auto de Exibição e Apreensão na sua residência (fls. 18), de arsenal de armas e munições, suficientes para municiar uma pequena unidade militar.

Tais armamentos foram periciados, restando clara a sua lesividade consoante Laudos às fls.327/328, de fls. 1348/1351 e de fls. 109/111 do processo de nº 001.09.222536.

Inquestionável também é a autoria, consubstanciada na conduta criminosa do Apelante, que foi flagrantado mantendo em sua residência, várias armas com a finalidade de mercancia, para quadrilhas ou bandos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perigosos, sem medir as consequências do seu ato, perante toda uma sociedade aterrorizada pela ocorrência de diversos crimes na cidade. Neste sentido, julgado do Superior do Tribunal de Justiça, *in verbis*: (...)

Com relação ao *decisum*, ora combatido, não há como prosperar a alegação da defesa de que a Sentença se fundamentou em, *bis in idem*, isto porque, os elementos do tipo não foram usados como fundamento de exasperação da pena do Apelante, mas sim, no corolário de reprovação social, advinda da conduta criminosa praticada pelo condenado, ora Apelante, que mantinha em seu, poder, elevada quantidade de armas e munições de uso restrito, no escopo da venda para grupos criminosos.

No que tange à pena base, tenho que a sua fixação acima do mínimo legal foi devidamente motivada pelo julgador singular com base na valoração negativa das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. Nesse sentido cito o seguinte julgado: (...)

Ressalto, ainda, que somente teria cabimento a fixação da pena-base no mínimo legal, conforme pretendido pelo apelante, caso todas as circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal, fossem favoráveis ao réu, o que não ocorre no caso dos autos.

Nesse contexto, penso que não merece nenhum reparo à sentença quanto à dosimetria da pena imposta, pois justa e proporcional à reprovação do crime ora, *in comento*, tendo, inclusive, o juiz sentenciante valorado positivamente a circunstância judicial dos antecedentes do réu, considerando-o como primário, além de diminuído a pena-base em 06 (seis) meses, em face da circunstância atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, alínea 'd' do Código Penal.

Por tais razões, mantenho, integralmente, a sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos, no que tange ao apelante André Luiz Lopes Fernandes de Souza, inclusive quanto à pena de multa fixada". (fls. 8856/8858)

Neste contexto, vislumbra-se que a pena-base do acusado foi lançada acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa das circunstâncias judiciais da **culpabilidade, motivos e consequências** do delito, tendo havido, em função na negativação de tais vetoriais, o aumento da reprimenda base em 2 anos e 6 meses, elevando a pena inicial para o patamar de 5 anos e 6 meses de reclusão.

Na decisão monocrática proferida no âmbito desta Corte afastou-se a valoração negativa das consequências do delito, em razão da ocorrência de *bis in idem*, tendo em conta que os elementos utilizados para se valorar os motivos do crime foram os mesmos usados para negativar a vetorial das consequências do injusto.

Por outro lado, manteve-se a valoração negativa das circunstâncias judiciais da culpabilidade e dos motivos do delito, na medida em que calcadas em fundamentação idônea, adequada, em perfeita obediência ao artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal.

De fato, quanto à culpabilidade, nos termos do gizado no *decisum* recorrido, a jurisprudência deste Tribunal Superior aponta que a **culpabilidade**, como circunstância judicial, diz respeito à demonstração do grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada pelo agente (REsp 1352043/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, DJe 28/11/2013).

No caso em apreço, não se descarta que a posse de arma e munição de uso restrito por si só é elementar do crime previsto no artigo 16 da Lei nº 10.826/03. Não obstante, a quantidade e a variedade de armas apreendidas na posse do recorrente, inclusive de curto e grosso calibre, às quais a Corte de origem chamou de "arsenal de armas e munições, suficientes para municiar uma pequena unidade militar", refletem um plus de reprovabilidade na conduta da agente, suficiente para a majoração da pena-base por este motivo. Neste sentido:

"HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E CORRUPÇÃO ATIVA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ACENTUADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA PRATICADA. ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE DELITOS. NEGATIVIDADE JUSTIFICADA. EXISTÊNCIA DE DIVERSAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS ANTERIORES. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi realizado o aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa praticada pelo paciente, tendo em vista que foram apreendidas com ele duas armas de diferentes calibres, bem como considerável quantidade de munição, e também por ter sido abordado 'circulando em um carro com as mencionadas armas, touca ninja e luva'.

(...)

4. Ordem parcialmente concedida apenas para proceder à compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 7 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 37 dias-multa".

(HC 200.228/RJ, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 14/12/2011)

"PETIÇÃO RECEBIDA COMO HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N.º 10.826/03. TESE DE INOCÊNCIA QUANTO À PRÁTICA DO DELITO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECARIEDADE DE DEFESA NÃO EVIDENCIADA. DOSIMETRIA DA PENA BASE. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA.

(...)

3. Verifica-se a legalidade na aplicação da pena-base acima do mínimo legal, uma vez que devidamente justificada na presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, extraídas pela grande quantidade de armas e munições apreendidas em poder do ora Paciente, bem como pelo fato de serem destinadas para a utilização de quadrilha especializada na prática de crimes de extorsão mediante seqüestro.

4. Petição recebida como *habeas corpus*, que fica denegado".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Pet 5.803/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 16/06/2008)

De igual modo, observa-se que a circunstância judicial dos **motivos do crime** foi valorada negativamente com base em fundamentação idônea, lastreada em elementos concretos dos autos, notadamente em razão da utilização do vasto arsenal bélico encontrado com o recorrente, para a finalidade mercante, no escopo de venda dos artefatos para grupos criminosos. Neste contexto, apontados elementos concretos que autorizam a conclusão pela desfavorabilidade dos motivos do delito, haja vista a finalidade espúria da conduta delituosa, voltada ao fornecimento de armas e munições a quadrilhas ou bandos perigosos, ausente qualquer constrangimento ilegal a ser sanado nesse ponto. No mesmo sentido:

"*HABEAS CORPUS*. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEMENTO INERENTE AO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

(...)

2. Tendo sido devidamente fundamentada a desfavorabilidade das razões que levaram o paciente a praticar o delito de homicídio, com base em elementos concretos e diversos do tipo penal violado, deve ser mantida a análise desfavorável dos motivos do crime.

(...)

6. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de diminuir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 12 anos de reclusão".

(HC 261.544/ES, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 26/08/2014)

"*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

2. A conduta social do paciente e os motivos do crime foram negativamente valorados com base em fundamentos concretos, justificando o acréscimo de reprimenda na primeira fase da dosimetria.

(...)

2. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena do paciente para 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, e fixar o modo inicialmente fechado para a execução da reprimenda, afastando-se a impossibilidade de progressão de regime prisional".

(HC 217.520/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 12/06/2013)

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO. PLEITO DE REDUÇÃO DO QUANTUM DE PENA PELA TENTATIVA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. CONDUTA SOCIAL. MAJORAÇÃO COM BASE EM INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAS EM ANDAMENTO. ILEGALIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. PERSONALIDADE DO AGENTE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA AFERIÇÃO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUANTO À CULPABILIDADE, ANTECEDENTES, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

5. Resta suficientemente fundamentada a majoração da pena-base quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos e consequências do crime, as quais emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal.

6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, tão somente na parte relativa à dosimetria da pena, nos termos explicitados no voto".

(HC 237.205/MG, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), Rel. p/ Acórdão Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 12/06/2013)

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CULPABILIDADE. MOTIVOS. VALORAÇÃO NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 3º, DA LEI N.º 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR DE 1/4 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A valoração negativa das circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade e aos motivos restou devidamente fundamentada na intensidade do dolo, no modus operandi e no objetivo visado com a prática criminosa, consideradas as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, o que autoriza a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

(...)

4. Ordem denegada.

(HC 117.280/MS, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 14/12/2009)

Outrossim, assim como consignado na decisão agravada, é de se destacar que o próprio réu confessou a prática da conduta delitiva expressa no artigo 17 da Lei nº 10.826/03 (fls. 7768/7769), só não tendo havido condenação por tal tipo penal porque tendo o réu se defendido em juízo dos fatos narrados na denúncia, referida conduta não teria constado da inicial acusatória. Dessa forma, não há ilegalidade alguma na utilização da finalidade mercantil do arsenal bélico encontrado com o recorrente para aumentar a pena em sua primeira fase, tendo em vista a comprovação de referida particularidade pelas instâncias ordinárias. Saliente-se, ainda, que eventual pleito em sentido diverso, no sentido de que não teria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovação do intento mercantil por parte do recorrente, implicaria em profundo reexame de fatos e provas dos autos, proceder este inadmissível na instância especial, à luz do enunciado 7 da Súmula deste Tribunal Superior.

Ademais, assim como destacado na decisão recorrida, é importante consignar que a confecção da dosimetria da pena não é uma operação matemática, e nada impede que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto. (STF, RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, PUBLIC 14-08-2012). Desse modo, não se vislumbra "inversão dos critérios para cálculo de punição" no presente caso, como alegado pelo recorrente, em razão da fixação da pena-base próxima do teto máximo legal, mas tão somente um exercício de discricionariedade vinculada, o que é autorizado ao magistrado sentenciante, no momento da confecção da dosimetria da pena, não havendo nada de ilegal quanto a tal proceder. (HC 220727/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/09/2012)

Além disso, nos termos do pontuado no *decisum* objurgado, no que concerne à sustentada ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, tem-se que não é o recurso especial a sede própria para o desate da controvérsia, porquanto a análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação constitucional. Confirmam-se os precedentes:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍCIOS INEXISTENTES. PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. PAUTA. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. 1. O recurso de embargos declaratórios tem o seu alcance precisamente definido no artigo 619 do Código de Processo Penal, vale dizer, eliminar da decisão qualquer ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão. 2. O julgamento de agravo regimental interposto contra decisão que nega provimento a agravo de instrumento não depende de publicação de pauta, devendo ser levado em mesa pelo relator, a teor do art. 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. 3. A violação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, não pode ser apreciada em sede de recurso especial. 4. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgRg no Ag 1041767/PR, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 20/10/2008).

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE SE REDISCUTIR A LIDE. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE A TEXTO CONSTITUCIONAL. NÃO-CABIMENTO. REJEIÇÃO. 1. Os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual apto a suprir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

omissão do julgado ou dele excluir qualquer obscuridade ou contradição. Não se prestam para rediscutir a lide. 2. Ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial e, por decorrência lógica, em embargos de divergência, não compete a análise de contrariedade ao texto constitucional. 3. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgRg nos EAg 723.222/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, Dje 17/10/2008).

Por fim, destacou-se na decisão recorrida, que não obstante a redução da pena por este Tribunal Superior de Justiça, não haveria mudança no regime inicial para cumprimento da reprimenda, na medida em que o *quantum* de pena estipulado acima de 4 anos somado à existência de circunstâncias judiciais tidas por negativas determina o cumprimento inicial da reprimenda corporal no regime fechado. De fato, "é assente, nas Cortes Superiores, o entendimento de que reconhecido elemento judicial tido como negativo, capaz de elevar a pena-base além do mínimo legal, (art. 59 do CP), revela-se motivação capaz de estipular o regime inicial fechado (art. 33, § 3º, do CP)". (RHC 34.887/PE, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, DJe 27/02/2013). Nesse sentido, vejamos-se:

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIA LEGAL DESFAVORÁVEL. REGIME FECHADO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA SANÇÃO PENAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO ESPECIALMENTE GRAVES. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. COMPROVAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DA DEDICAÇÃO DA CONDENADA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. DESCONSTITUIÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO PELO TEOR DA SÚMULA 07/STJ. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA APTA A AFASTAR A MINORANTE. RECURSO DA DEFESA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO.

- (...).

- **Apesar de a pena não ter sido fixada acima de 8 (oito) anos de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu - natureza e quantidade da droga: 1.060 gramas de cocaína -, bem como a existência de circunstância legal desfavorável, justificam a imposição do regime inicial fechado.**

- O aumento da pena-base está devidamente fundamentado nas circunstâncias do caso concreto, que se revelaram especialmente graves, diante da apreensão de expressiva quantidade de entorpecente em poder da condenada (1.060 g de cocaína), nos exatos termos dos artigos 59 do CP e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

42 da Lei de Drogas. Precedentes. - A aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 foi afastada com base nos elementos colhidos nos autos, que demonstram, claramente, a dedicação da condenada às atividades criminosas. Para a desconstituição do que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias, soberanas nas análises dos fatos, é necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório, providência vedada pela Súmula n. 7/STJ. - Ainda que ultrapassado o referido óbice, a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente evidencia, por raciocínio lógico-dedutivo, que se trata de pessoa dedicada à criminalidade ou integrante de organização criminosa, o que impede a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Precedentes. Recurso especial do Ministério Público Federal provido para fixar o regime inicial fechado para cumprimento da pena. Recurso especial de Jussara de Lima a que se nega provimento.

(Resp 1.359.491/PR Rel. Ministro(a) MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), julgado em 18/4/2013, Dje 25/4/2013."

"HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Embora em recente decisão tenha o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90 (Informativo n.º 672), de maneira que a simples hediondez do delito não justifica a imposição de regime inicial fechado, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade, personalidade e circunstâncias do crime) autoriza a fixação de regime prisional mais gravoso.

2. Ordem denegada.

(HC 235.932/MS Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/8/2012, DJe 27/8/2012)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (7KG DE COCAÍNA). POSSIBILIDADE. ART. 42 DA LEI N.º 11.343/06. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DODISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. (...).

2. (...).

3. A teor do art. 59, c.c. o art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal, havendo a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal, é possível a fixação de regime inicial mais gravoso.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.347.772/MS Rel. Ministro(a) LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/5/2013, DJe 21/5/2013)"

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. ALTERAÇÃO DE REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM DENEGADA.

1. Concluído pelo Tribunal a quo que o paciente se dedica a atividade criminosa, não incide a referida minorante, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

2. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. **Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, no caso concreto, tal benesse não se mostra razoável, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente (natureza e quantidade de droga apreendida - 10,17 gramas de cocaína e 148,2 gramas de maconha -, maus antecedentes).**

4. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem denegada.

(HC 220.401/MG Rel. Ministro (a) MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. SEXTA TURMA, julgado em 27/3/2012, DJe 11/4/2012.)"

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0018795-9

AgRg no
REsp 1.433.071 / AM
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0001617-61.2010.8.04.0000 00016176120108040000 001082454710 1082454710
1092181717 16176120108040000 20100056448

EM MESA

JULGADO: 28/04/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS ALBERTO CARVALHO VILHENA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MÁRIO SABÓIA DE ALBUQUERQUE
ADVOGADO	: LUIZ SÉRGIO VIEIRALVES DONATO LOPES FILHO E OUTRO(S)
RECORRENTE	: RAPHAEL WALLACE SARAIVA DE SOUZA
ADVOGADO	: CLEBER LOPES DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
RECORRENTE	: FELIPE ARCE RIO BRANCO
RECORRENTE	: JÚLIO DE SOUZA GOMES
RECORRENTE	: RAILEY LIMA VIANA
ADVOGADO	: CARLOS HENRIQUE COSTA DE SOUZA E OUTRO(S)
RECORRENTE	: ANDRÉ LUIZ LOPES FERNANDES DE SOUZA
ADVOGADO	: DEMÉTRIO WEILL PESSÔA RAMOS E OUTRO(S)
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
CORRÉU	: MOACIR JORGE PESSOA DA COSTA
CORRÉU	: WAGNER LEITE FERREIRA
CORRÉU	: FRANK OLIVEIRA DA SILVA

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	: ANDRÉ LUIZ LOPES FERNANDES DE SOUZA
ADVOGADO	: DEMÉTRIO WEILL PESSÔA RAMOS E OUTRO(S)
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.