



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 439.617 - DF (2013/0394106-8)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
AGRAVANTE : FERNANDA SANTOS CARVALHO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 44 DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME DESFAVORÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera legítimo o indeferimento da substituição de pena prevista no artigo 44 do Código Penal lastreado na natureza e na quantidade das drogas apreendidas" (HC 268.821/SP, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, Rel. p/ Acórdão Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 10/02/2014)
2. "O intuito de debater novos temas, por meio de agravo regimental, não trazidos inicialmente no recurso especial, se reveste de indevida inovação recursal, não sendo viável, portanto, a análise, ainda que se trate de matéria de ordem pública, porquanto imprescindível a prévia irresignação no momento oportuno e o efetivo debate sobre os temas". (AgRg no AREsp 401.770/PI, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 12/11/2013)
3. 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 e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 18 de março de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 439.617 - DF (2013/0394106-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : FERNANDA SANTOS CARVALHO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por FERNANDA SANTOS CARVALHO, contra decisão monocrática, de minha lavra, que negou provimento ao agravo em recurso especial, nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 44 DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME DESFAVORÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. PLEITO DE REGIME INICIAL ABERTO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (fls. 284/289)

Sustenta a agravante, às fls. 300/305, que "está equivocada a jurisprudência do STJ, ao admitir que a quantidade de droga apreendida possa obstar a conversão da pena corporal em sanções restritivas de direitos."

Outrossim, alega a ocorrência de *bis in idem* quanto ao tema, ao passo que transcreve trecho de julgados do STF em abono à sua tese.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 439.617 - DF (2013/0394106-8)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 44 DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME DESFAVORÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera legítimo o indeferimento da substituição de pena prevista no artigo 44 do Código Penal lastreado na natureza e na quantidade das drogas apreendidas" (HC 268.821/SP, Rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES, Rel. p/ Acórdão Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 10/02/2014)
2. "O intuito de debater novos temas, por meio de agravo regimental, não trazidos inicialmente no recurso especial, se reveste de indevida inovação recursal, não sendo viável, portanto, a análise, ainda que se trate de matéria de ordem pública, porquanto imprescindível a prévia irrisignação no momento oportuno e o efetivo debate sobre os temas". (AgRg no AREsp 401.770/PI, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 12/11/2013)
3. 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 explicitado no *decisum* monocrático, no que concerne à suposta ofensa ao artigo 44 Código Penal, em relação a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que a matéria debatida pela recorrente encontra-se pacificada nesta Corte nos termos do que decidido pelo Tribunal de origem.

Com efeito, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com base nos seguintes fundamentos:

"Assim, considerando-se que as circunstâncias em que o crime foi cometido são altamente censuráveis, tendo em vista a sua prática nas dependências de um estabelecimento prisional (artigo 40, inciso III, da LAT), assim como a presença das circunstâncias judiciais específicas do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 42 da LAT - natureza ("maconha") e quantidade (87,76g de massa líquida) das substâncias entorpecentes apreendidas em poder da ré/apelada - as quais o MM. Juiz de primeiro grau valorou negativamente quando do exame da circunstância judicial culpabilidade - o regime inicial de cumprimento da pena deve ser o semi-aberto, conforme pleiteia, subsidiariamente, o Ministério Público.

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, constato que a ré/apelada não preenche uma das condições previstas no artigo 44, III, do CP, tendo em vista que as circunstâncias do crime supramencionadas não indicam ser a substituição suficiente para a reprovação e a prevenção do crime, conforme preconiza a parte final do *caput* do artigo 59 do Código Penal, haja vista ser bastante considerável a quantidade de droga apreendida em poder da ré/apelada.

Deve ser levado em consideração, também, o fato de que ela pretendia ingressar com a aludida porção de entorpecente em um presídio, o que denota o alto potencial lesivo da sua conduta em fornecê-la a presos que se encontram em processo de reinserção social." (fls. 231/232)

Verifica-se que, embora a pena privativa de liberdade fixada - 2 anos e 4 meses de reclusão - permita, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o acórdão do Tribunal de origem entendeu não ser suficiente para reprovação e prevenção do crime a conversão em virtude das circunstâncias do crime (quantidade da droga apreendida), entendimento, esse, em harmonia com o desse Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA.

1. O Supremo Tribunal Federal entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. Em observância, todavia, ao art. 44, III, do Código Penal, diante da quantidade e diversidade da droga apreendida, não se mostra socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena.

3. Eventual conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito consubstanciaria infringência ao princípio da proporcionalidade, em sua face que veda a proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados. No caso, a saúde pública.

4. Ordem denegada."

(HC 241.545/DF, Rel. Min. OG FERNANDES (1139) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 12/06/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 25/06/2012

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGA E PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO, QUE SE MOSTRA DEVIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. (...). 2. Ausente constrangimento ilegal no ponto em que foi aplicada a fração de 1/2 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente (136,582 g de crack), bem como as demais circunstâncias do caso concreto, especialmente o fato de também ter vendido substância entorpecente para um menor, à época com apenas 13 anos de idade. 3. (...). 4. (...). 5. Na hipótese que se apresenta, não obstante a imposição de reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, mostra-se devida a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, a quantidade e a natureza da droga apreendida (crack). **6. Inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto, não obstante o paciente tenha sido definitivamente condenado à reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, verifica-se a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, elemento que, somado à natureza da droga apreendida (crack), evidencia que a substituição pretendida não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado, a teor do disposto no art. 44, III, do Código Penal.** 7. Ordem denegada." (HC 144.498/GO, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 01/08/2012)

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DIVERSIDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS INADEQUADA. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. (...).

2. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, § 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, embora a sanção imposta seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, em virtude da diversidade, natureza e quantidade da droga apreendida (1,5 kg de cocaína), não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena reclusiva em regime diferente do fechado, tampouco sua substituição por medidas restritivas de direitos.

3. Habeas corpus não conhecido."

(HC 254.368/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 25/04/2013)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, tendo em vista a quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas - 57 porções de cocaína, somando um total de 22,6 g e 11 trouxinhas de maconha, representando um total de 17,5 g -, justificam a imposição do regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 249.914/SP, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, DJe 19/04/2013)"

Dessarte, no que toca à aventada violação ao artigo 44 do Código Penal, sustentada pela recorrente, a matéria está pacificada na jurisprudência desta Corte, sendo aplicável, portanto, a orientação prevista no enunciado 83 deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". Importante, destacar que referida orientação se aplica tanto no que concerne aos recursos interpostos com base na alínea "c" quanto com base na alínea "a" do permissivo constitucional.

Por fim, saliente-se que a suposta ocorrência de *bis in idem* só foi aventada agora, por ocasião da interposição do agravo regimental em face do *decisum* monocrático.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, constata-se que cuida o tema de verdadeira inovação recursal, inadmissível em sede de agravo regimental.

De fato, "o intuito de debater novos temas, por meio de agravo regimental, não trazidos inicialmente no recurso especial, se reveste de indevida inovação recursal, não sendo viável, portanto, a análise, ainda que se trate de matéria de ordem pública, porquanto imprescindível a prévia irrisignação no momento oportuno e o efetivo debate sobre os temas". (AgRg no AREsp 401.770/PI, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 12/11/2013)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0394106-8

AgRg no
AREsp 439.617 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01313546220128070001 11313542 1313546220128070001 20120111313542
20120111313542AGS 355151020128070001 7782012

EM MESA

JULGADO: 18/03/2014

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. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FERNANDA SANTOS CARVALHO
ADVOGADO : FÁBIO AUGUSTO GONÇALVES CAMPOS
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 : FERNANDA SANTOS CARVALHO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

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 da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.