



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.661.315 - RJ (2020/0030854-4)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
AGRAVANTE : GUILHERME DOS REIS SOARES (PRESO)
ADVOGADOS : ANDRÉ PERECMANIS - RJ109187
LUIS EDUARDO GUIMARÃES STUDART - RJ102352
ALICE MAC DOWELL VERAS - RJ224741
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE EXASPERADA COM ESTEIO NA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. PARÂMETRO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO E AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PLEITO DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DETRAÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não obstante o montante final da sanção ter sido estabelecido em patamar aquém de 4 (quatro) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial negativa, em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, justifica a manutenção do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena e impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

2. No tocante ao pleito pela detração, considerando que, nos termos da decisão ora agravada, a pena-base foi mantida acima do mínimo legal em virtude do reconhecimento de circunstância judicial desfavorável, eventual desconto do tempo de prisão cautelar não teria o condão de alterar o regime inicial de cumprimento da pena, sendo cabível a aplicação do regime prisional mais gravoso, à luz do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Agrado regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agrado regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 02 de março de 2021 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.661.315 - RJ (2020/0030854-4)

AGRAVANTE : GUILHERME DOS REIS SOARES (PRESO)
ADVOGADOS : ANDRÉ PERECMANIS - RJ109187
LUIS EDUARDO GUIMARÃES STUDART - RJ102352
ALICE MAC DOWELL VERAS - RJ224741
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto por GUILHERME DOS REIS SOARES contra decisão de minha lavra, por meio da qual o respectivo agravo foi conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento, com extensão ao Corréu, nos termos da seguinte ementa (fl. 860):

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. TESES DE AFRONTA AOS ARTS. 381, INCISO III, E 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. PARÂMETRO UTILIZADO TANTO PARA EXASPERAR A PENA-BASE QUANTO PARA MODULAR A FRAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. BIS IN IDEM. PRECEDENTES. PEDIDOS PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INSUBSISTENTES. EFEITOS DESTA DECISÃO ESTENDIDOS AO CORRÉU (ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). AGRADO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO."

Sustenta a Defesa, nas razões do regimental, que, ao contrário do consignado na decisão agravada, houve, sim, o prequestionamento ficto quanto à alegada necessidade de fazer incidir, na hipótese dos autos, o instituto da detração, devendo ser considerado, para fins de fixação do regime inicial, o tempo de pena imposta o período de prisão preventiva.

Alega que o tempo de prisão cautelar equivale a 6 (seis) meses e 13 (treze) dias e, posteriormente, o Acusado esteve mais 8 (oito) meses preso em razão de execução provisória da pena, que foi suspensa por forma da decisão proferida no HC n. 520.938/RJ também de minha relatoria.

Assim, o tempo de cárcere já cumprido equivaleria a mais de 1 (um) ano e 2



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(dois) meses, sendo certo que a sanção corporal do Agravante foi redimensionada no *decisum* ora atacado ao patamar de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão. Portanto, caso efetuada a indispensável detração, o Réu já teria cumprido tempo necessário não só para progressão ao regime aberto, mas também no tocante ao livramento condicional.

Pondera que, a despeito do definido na decisão agravada, permanece o *bis in idem*, pois a quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos continuaram a ser os únicos fundamentos para a exasperar a pena-base, fixar o regime semiaberto e afastar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.661.315 - RJ (2020/0030854-4)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE EXASPERADA COM ESTEIO NA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. PARÂMETRO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO E AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PLEITO DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DETRAÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não obstante o montante final da sanção ter sido estabelecido em patamar aquém de 4 (quatro) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial negativa, em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, justifica a manutenção do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena e impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

2. No tocante ao pleito pela detração, considerando que, nos termos da decisão ora agravada, a pena-base foi mantida acima do mínimo legal em virtude do reconhecimento de circunstância judicial desfavorável, eventual desconto do tempo de prisão cautelar não teria o condão de alterar o regime inicial de cumprimento da pena, sendo cabível a aplicação do regime prisional mais gravoso, à luz do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Agravo regimental desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Agravante às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, em razão da apreensão de **439,5g (quatrocentos e trinta e nove gramas e cinco centigramas) de maconha, 44g (quarenta e quatro gramas) de cocaína e 2,5g (dois gramas e cinco centigramas) de haxixe**. A sanção corporal foi substituída por 2 (duas) restritivas de direitos (fls. 314-320).

Irresignadas, a Defesa do Corréu e a Acusação interpuseram as respectivas apelações. A Corte de origem negou provimento ao recurso defensivo e proveu parcialmente o apelo do Parquet para, em relação ao Agravante e ao Corréu: **a)** valorar negativamente a quantidade e natureza das drogas apreendidas e exasperar a pena-base; **b)** reduzir à 1/2 (metade) a fração pela minorante do tráfico privilegiado; **c)** fixar o regime semiaberto; e **d)**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. As reprimendas do Agravante e do Corréu foram redimensionadas aos patamares de 3 (três) anos de reclusão e 300 (trezentos) dias-multa (fls. 493-498).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 554-560).

Sustenta a Defesa, nas razões do apelo nobre, contrariedade aos arts. 33, 42, 44 e 59 do Código Penal; aos arts. 381, inciso III, e 387, § 2.º, do Código de Processo Penal; aos arts. 33 e 42 da Lei n. 11.343/2006; bem como ao art. 112 da Lei de Execução Penal.

Ponderou que não foram apresentadas provas hábeis e idôneas para alicerçar a condenação do Acusado com a certeza necessária a tal desiderato. Pugnou, subsidiariamente pela desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Sustentou a ocorrência de *bis in idem*, na medida em que teria sido utilizado um único argumento – quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos – para elevar a pena-base, aplicar a minorante do tráfico privilegiado em fração aquém do máximo, fixar regime mais gravoso (semiaberto) do que o permitido pela quantidade de pena imposta e arredar a substituição por sanções restritivas de direitos.

Alegou que não foi realizada a detração do tempo de prisão preventiva – 7 (sete) meses –, o que impactaria diretamente no estabelecimento do regime inicial para cumprimento da reprimenda privativa de liberdade. Quanto a esse ponto, aduziu, ainda, que o acórdão recorrido carece de fundamentação adequada.

Asseverou que é inafastável a substituição por restritivas de direitos e a fixação de regime inicial aberto, tendo em vista que estariam preenchidos os requisitos legais para tanto.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 679-694). O recurso especial não foi admitido (fls. 698-707). Foi interposto agravo (fls. 784-795).

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pelo parcial provimento do agravo para conhecer em parte e, nessa extensão, prover o apelo nobre (fls. 848-857).

Por meio da decisão de fls. 860-868 o agravo foi conhecido para conhecer do parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento, a fim de afastar o *bis in idem* decorrente do uso simultâneo da quantidade e variedade das drogas para elevar a pena-base e modular o redutor da pena, fixando-o, por conseguinte, na fração de 2/3 (dois terços) e redimensionar as sanções impostas ao Agravante e ao Corréu (art. 580 do CPP) aos seguintes patamares:

a) Guilherme dos Reis Soares (Agravante) – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa no mínimo legal; e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

b) Rafael Delgado de Figueiredo (Corréu) – 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 200 (duzentos) dias-multa no mínimo legal.

Daí a interposição do presente agravo regimental (fls. 872-888).

Feito esse breve esboço histórico, passo ao exame da controvérsia.

Inicialmente, esclareço que os pleitos de fixação do regime inicial aberto e substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos não devem prosperar.

Com efeito, não obstante o reconhecimento do redutor no máximo de 2/3 (dois terços), e o montante final da sanção ter sido estabelecido em patamar aquém de 4 (quatro) anos de reclusão, considero que a existência de circunstância judicial negativa, em razão da quantidade e natureza da droga apreendida – **439,5g de maconha, 44g de cocaína e 2,5g de haxixe** –, justifica a manutenção do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena e impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MODULAÇÃO EM 1/2. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a expressiva quantidade de droga apreendida, tratando-se de 490g de maconha, justifica a aplicação da fração de 1/2 para a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, bem como o afastamento da substituição da pena privativa por restritivas de direitos.

2. Estando a decisão recorrida em consonância com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a incidência da Súmula 83/STJ a obstar o processamento do recurso especial.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.889.836/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

2. Embora a paciente seja primária e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, pela aferição negativa da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de drogas apreendidas (124,26g de cocaína e 6,53g de maconha), que justificou o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito mostra-se insuficiente, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 560.874/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 27/05/2020.)

Por fim, no tocante ao pleito pela detração, verifico a ausência de interesse recursal, pois, considerando que, nos termos da decisão ora agravada, a pena-base foi mantida acima do mínimo legal em virtude do reconhecimento de circunstância judicial desfavorável, eventual desconto do tempo de prisão cautelar não teria o condão de alterar o regime inicial de cumprimento da pena, sendo cabível a aplicação do regime prisional mais gravoso, à luz do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE. QUESITO REFERENTE À DESCLASSIFICAÇÃO FORMULADO ANTERIORMENTE AO QUESITO DA ABSOLVIÇÃO. PREJUÍZO CONCRETO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS QUESITOS NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DA TENTATIVA. ITER CRIMINIS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. DETRAÇÃO PENAL. ART. 387, § 2º, CPP. ANÁLISE IRRELEVANTE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. HABEAS CORPUS DENEGADO. [...]

6. O artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado.

7. Mesmo que se procedesse à detração do período de custódia cautelar, o regime inicial para o cumprimento da pena continuaria a ser o fechado, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, sendo, pois, irrelevante a análise da questão.

8. Habeas corpus denegado." (HC 408.596/GO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP N. 1.154.752/RS. ALEGADO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL PELA NEGATIVA DE APLICAÇÃO AO CASO DA DETRAÇÃO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO CORRETAMENTE FIXADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NÃO APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA QUANTO À DOSIMETRIA REALIZADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. [...]

- A previsão inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas da possibilidade de o Juízo de 1º grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração.

- No caso, porém, ainda que realizado o desconto do quantum da pena do período que o paciente se manteve em custódia preventiva, não há constrangimento ilegal na fixação pelo magistrado de regime inicial fechado, para uma pena inferior a 4 anos de reclusão, pois pautado em fundamentação própria, como ressaltado pelas instâncias ordinárias, ante a existência de circunstância judicial negativa, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, bem como na reincidência do paciente, seguindo os parâmetros previstos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Não é aplicável, assim, o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, além de tornar-se irrelevante o aproveitamento do tempo de pena cumprida em caráter provisório. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente para 1 ano e 2 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e 11 dias-multa." (HC 459.294/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018; sem grifos no original.)

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2020/0030854-4

AgRg no
AREsp 1.661.315 /
RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01356557720168190001 1356557720168190001 201924700716 253002892016

EM MESA

JULGADO: 02/03/2021

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : GUILHERME DOS REIS SOARES (PRESO)
ADVOGADOS : ANDRÉ PERECMANIS - RJ109187
LUIS EDUARDO GUIMARÃES STUDART - RJ102352
ALICE MAC DOWELL VERAS - RJ224741
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CORRÉU : RAFAEL DELGADO DE FIGUEIREDO

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 : GUILHERME DOS REIS SOARES (PRESO)
ADVOGADOS : ANDRÉ PERECMANIS - RJ109187
LUIS EDUARDO GUIMARÃES STUDART - RJ102352
ALICE MAC DOWELL VERAS - RJ224741
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.