



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 842.068 - MS (2016/0019350-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : LEANDRO JOSE AVILA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NOS AGRAVOS EM RECURSOS ESPECIAIS. TRÁFICO DE DROGAS. CONTRARIEDADE AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 33, § 3º, 44, E 59, TODOS DO CP. OCORRÊNCIA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. INVIABILIDADE DE REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou de diminuição de pena, bem como a fração a ser aplicada. Incidência do enunciado 7 da Súmula deste STJ.

2. "É assente nas Cortes Superiores o entendimento de que, reconhecida circunstância judicial tida como negativa, hábil a elevar a pena-base além do mínimo legal (art. 42, do Estatuto Antidrogas c/c o art. 59, do CP), revela-se motivação capaz para estipular o regime inicial mais gravoso (art. 33, § 3º, do CP)." (RHC 44.410/SP, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, DJe 24/03/2014).

3. Mesmo que o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos de reclusão, a enorme quantidade de entorpecentes apreendida com o réu é fundamento idôneo e bastante para a fixação do regime inicial fechado para cumprimento de pena do acusado. Saliente-se que, *in casu*, foram apreendidos em poder do recorrente, **quase uma tonelada de maconha**, fato este que justifica a imposição do regime inicial extremo.

4. "Nos termos do entendimento firmado por esta Corte, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar o indeferimento da substituição das penas". (HC 336.496/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 30/11/2015)

5. É pacífico neste Tribunal Superior o entendimento de que "quando há circunstância judicial considerada em desfavor do réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal" (HC 217.567/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 25/06/2012).

6. Agravos regimentais a que se nega provimento.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 aos agravos regimentais, 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, 03 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 842.068 - MS (2016/0019350-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : LEANDRO JOSE AVILA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravos regimentais interpostos por Defensor Público da União, em favor de LEANDRO JOSE AVILA, contra decisões monocráticas, de minha lavra, uma que negou provimento ao agravo do ora recorrente, e outra que conheceu do agravo e deu provimento ao recurso especial aviado pelo Ministério Público. As ementas restaram assim delineadas:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 33, § 3º, 44 E 59, TODOS DO CP. OCORRÊNCIA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE DA DROGA. INVIABILIDADE DE REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.. AGRADO A QUE SE CONHECE PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. (fls. 540/547)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. MALFERIMENTO AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (fls. 535/539)

Sustenta o recorrente, em seu primeiro agravo interno às fls. 558/563, que não poderia ter havido provimento monocrático do apelo nobre interposto pelo Ministério Público, porquanto o intento ministerial "demanda, necessariamente, o reexame do contexto fático dos autos, o que é vedado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula 7/STJ".

Além disso, assevera que "caso persista o Colegiado no provimento do recurso especial, admitindo-o, entender-se-á violada, de forma original, a sua competência jurisdicional, prevista no art. 105, III, a e c, CF, e a prestação da jurisdição a ele vedada, incorrendo em violação original ao art. 5º, XXXV, CF".

Outrossim, afirma que a vetorial quantidade e natureza da droga não poderia ser levada em conta para recrudescer o regime fixado ao réu, tendo em conta que, pelo *quantum* de pena, e pela ausência de circunstâncias judiciais tidas por negativas, só seria cabível na hipótese o regime inicial aberto para cumprimento de pena. Ainda, aduz que "ilações em sentido contrário implicariam ofensa direta e originária ao princípio da legalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estrita em matéria penal (art. 5º, II e XXXIX, CF), a qual remete também ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF)".

De outro lado, pontua que "deve ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, porquanto presentes os requisitos legais e inteiramente observado o substancial postulado da razoabilidade, mandamento nuclear a orientar o magistrado quando da imposição da reprimenda". Por fim, quanto ao ponto, assevera que "chancelar a vedação dada por esse Superior Tribunal de Justiça, implica ratificar manifesta solução irrazoável, além de totalmente desautorizada pelo modelo jurídico que rege o artigo 59 do Código Penal e o artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal".

Em seu segundo agravo regimental, este acostado às fls. 564/567, o recorrente sustenta que a análise afeta à possibilidade ou não de aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas ao caso concreto "traz ao debate questão unicamente de direito e não de fato, diferentemente do que se registrou na decisão recorrida". Por fim, conclui que, "considerando-se que não há fundamento concreto nos autos de que o agravante participava de organização criminosa ou se dedicava à prática de atividades criminosas, deve ser aplicado o patamar de diminuição de pena, conforme prevê o § 4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/06".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 842.068 - MS (2016/0019350-8)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NOS AGRAVOS EM RECURSOS ESPECIAIS. TRÁFICO DE DROGAS. CONTRARIEDADE AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 33, § 3º, 44, E 59, TODOS DO CP. OCORRÊNCIA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. INVIABILIDADE DE REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou de diminuição de pena, bem como a fração a ser aplicada. Incidência do enunciado 7 da Súmula deste STJ.
2. "É assente nas Cortes Superiores o entendimento de que, reconhecida circunstância judicial tida como negativa, hábil a elevar a pena-base além do mínimo legal (art. 42, do Estatuto Antidrogas c/c o art. 59, do CP), revela-se motivação capaz para estipular o regime inicial mais gravoso (art. 33, § 3º, do CP)." (RHC 44.410/SP, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, DJe 24/03/2014).
3. Mesmo que o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos de reclusão, a enorme quantidade de entorpecentes apreendida com o réu é fundamento idôneo e bastante para a fixação do regime inicial fechado para cumprimento de pena do acusado. Saliente-se que, *in casu*, foram apreendidos em poder do recorrente, **quase uma tonelada de maconha**, fato este que justifica a imposição do regime inicial extremo.
4. "Nos termos do entendimento firmado por esta Corte, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar o indeferimento da substituição das penas". (HC 336.496/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 30/11/2015)
5. É pacífico neste Tribunal Superior o entendimento de que "quando há circunstância judicial considerada em desfavor do réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal" (HC 217.567/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 25/06/2012).
6. Agravos regimentais a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As insurgências não merecem prosperar.

Com efeito, nos termos do assentado no *decisum* vergastado, quanto à alegada afronta ao artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, observa-se que o exame da matéria implicaria em nova análise do conjunto fático-probatório produzido nos autos. De fato, o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, concluiu que o recorrente não preenchia todos os requisitos subjetivos para fazer jus ao reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, porquanto, a seu ver, o réu integrava organização criminosa. Veja-se o trecho do aresto que tratou da matéria:

"Ainda quanto à terceira fase da dosimetria penal, pugna a defesa técnica tanto pelo reconhecimento da incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, quanto por sua aplicação no patamar máximo de dois terços, ou em montante próximo a esse.

O pleito é de ser rejeitado. O caso dos autos contém elementos sólidos no sentido de ser o réu parte de organização criminosa, o que impede a incidência concreta da causa de diminuição em testilha. O réu foi preso sendo o condutor e único ocupante de veículo dentro do qual estava acondicionada quase uma tonelada de *Cannabis sativa*. O veículo era uma caminhonete que não era sua, mas estava a serviço dos mandantes de toda a operação ilícita. Além desse veículo, havia outro, o qual estaria ocupado por outras duas pessoas, como informou o próprio réu. Os ocupantes não foram presos, mas o veículo (caminhonete modelo Hylux, marca Toyota, placa NKJ-0079) foi apreendido: continha seiscentos e quarenta e um quilogramas (fls. 13 e 57). É dizer: o réu fazia parte de uma operação que buscava transportar em dois veículos, um deles sob controle exclusivo do próprio apelante, mais de 1,6 tonelada de entorpecente, partindo de Pedro Juan Caballero/PY, com destino a Campo Grande/MS. Além disso, estavam preparados para empreender fuga contra policiais armados, tendo os veículos sido parados apenas por disparos de arma de fogo nos pneus.

Ora, é claro que uma pessoa sem qualquer vínculo com a organização criminosa que planejou e executou a operação de transporte não seria incumbida do transporte de quantidade tão grande de droga. Se o réu fosse apenas uma 'mula', ou seja, um transportador contratado de forma eventual e sem necessidade de confiança, certamente não estaria sozinho na condução do veículo. Além disso, seu carro ia atrás do primeiro carro do comboio, o qual dava a direção. Tratando-se de apenas dois veículos, o réu poderia a qualquer momento fazer alteração brusca de rumo, fugindo com toda a carga e o veículo, como qualquer um poderia conceber (em especial os mentores/comandantes da operação criminosa).

Visto isso, não é verossímil que o apelante não integrasse os quadros da organização que detinha as drogas originalmente. Destaco que não é necessário que o réu possua algum grau de ascensão operacional ou posto de planejamento intelectual dentro de uma organização criminosa para que a ela esteja atrelado. Mesmo que seu papel fosse exclusivamente operacional, no campo do transporte de materiais ilícitos, isso não descaracteriza o vínculo que mantinha ao tempo dos fatos com a estrutura que organizou o transporte das drogas apreendidas.

Postas essas considerações, considero que o contexto fático enseja necessariamente a conclusão de que o réu era parte de organização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa, o que impede a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por não restar preenchido um dos requisitos para tanto (a não vinculação a organização criminosa). Mantenho a sentença no que toca ao tema". (fls. 397/398)

Portanto, reavaliar se o réu preenche ou não os requisitos subjetivos do citado parágrafo demandaria, necessariamente, o reexame fático e probatório dos elementos carreados aos autos, procedimento vedado na via dos apelos excepcionais.

É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, bem como a fração a ser aplicada. Nesse contexto, verifica-se não possuir esta senda eleita espaço para a análise da matéria suscitada pela recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pelas instâncias anteriores.

De fato, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Com efeito, não se mostra plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, a qual não pode ser considerada uma terceira instância recursal.

No mais, referida vedação encontra respaldo no enunciado nº 7 da Súmula desta Corte, *verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". Confirmam-se, nesse sentido, os precedentes da Corte:

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

2. *Habeas corpus* não conhecido".

(HC 332.220/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/02/2016)

"PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, INC I, DO CP). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 46 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PELA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

2. A pretensão do impetrante de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 46 da Lei 11.343/06, negada perante a instância ordinária, encontra óbice na presente via em razão da necessidade de revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos. Precedentes.

(...)

4. *Habeas corpus* não conhecido".

(HC 190.227/DF, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2015)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DO PARQUET PROVIDO PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. ACUSADO QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCONSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. FIXAÇÃO DETERMINADA EM FUNÇÃO DA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENHIDOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

- A Corte Estadual, com base nas provas produzidas nos autos, entendeu que o paciente e o corréu se dedicavam à atividade criminosa, circunstância que impedia a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para se afastar a conclusão a que chegou o Tribunal a quo, mostra-se necessário o reexame aprofundado de todo conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do habeas corpus.

(...)

- *Habeas corpus* não conhecido".

(HC 308.442/SP, Rel. Min. ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 28/09/2015)

Em outro ponto, quanto ao provimento do recurso ministerial, este lastreado na aventada violação aos artigos 33, § 3º, 44 e 59, todos do Código Penal, denota-se que era mesmo caso de se dar provimento a tal apelo nobre, tendo em vista que o entendimento adotado pelo Tribunal de origem sobre a matéria diverge frontalmente da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça.

Ainda quanto ao ponto, acrescenta-se que não há incidência do óbice previsto no enunciado 7 da Súmula deste Tribunal quanto a tais matérias, tendo em vista que o deslinde da controvérsia não perpassa por fatos e provas, havendo necessidade tão somente de análise de fragmentos do acórdão recorrido para a resolução da controvérsia.

Quanto ao regime inicial e a substituição de pena, assim consignou a Corte a quo:

"II - Dosimetria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na primeira fase da dosimetria realizada na sentença condenatória, a pena-base foi majorada em relação ao mínimo legal devido à **quantidade de droga apreendida (novecentos e cinqüenta e seis quilogramas de maconha)**. A pena-base foi estabelecida em **seis anos e seis meses de reclusão, e seiscentos e sessenta dias-multa**. O apelo pugna pela redução do montante para o patamar de seis anos e três meses de reclusão.

O pleito deve ser rejeitado. Primeiramente, não prospera a tese de que sobre o réu não deveria incidir a exasperação decorrente de se considerar a quantidade de droga apreendida, por ser mero encarregado de transportá-la. Conquanto os maiores responsáveis pelo tráfico de entorpecentes sejam, sem dúvida, os chefes de organizações criminosas, aos quais cabe ainda maior reprimenda, isso não justifica a desconsideração de uma circunstância judicial legalmente prevista (quantidade de droga apreendida com o réu como um dos critérios preponderantes para a fixação da pena-base - Lei 11.343/06, art. 42). Ademais, o réu praticou por si o tipo penal, embora a mando de alguém, e o fez de forma deliberada, animado por promessa de paga, conforme ele próprio relatou. Ainda, é de se dizer que o simples peso, sobre o veículo (uma caminhonete), da carga ilícita que conscientemente transportava, impedia que o réu pensasse se tratar de carga de pequena ou média quantidade. Visto isso, analiso a quantidade de droga apreendida no caso concreto, e a exasperação da pena daí resultante.

A majoração se afigura correta. Com efeito, a quantidade da substância entorpecente é um dos fatores a serem considerados de forma prioritária na fixação da pena-base, nos termos do comando insculpido no art. 42 da lei 11.343/06. No caso concreto, trata-se de elevadíssima quantidade de drogas (quase uma tonelada de maconha), em cerca de mil e noventa tabletes. A imensa quantidade de entorpecentes justifica a majoração da pena-base em patamar que, em termos de fração, corresponde a três décimos sobre o mínimo legal.

Desse modo, entendo ter sido corretamente dosada a reprimenda nesta primeira fase, motivo pelo qual mantenho a fixação da pena-base em seis anos e seis meses de reclusão. Altero de ofício, porém, a pena de multa, para que se adeque aos mesmos critérios de cálculo da pena privativa de liberdade, motivo pelo qual a fixo no patamar de seiscentos e cinqüenta dias-multa.

Após, o i. sentenciante aplicou a detração da pena considerando o tempo de prisão preventiva até a data da sentença, diminuindo em onze meses e dez dias a pena cominada. Mantenho também esse trecho da sentença. **Nesses termos, e após as operações já descritas nesta terceira fase da dosimetria, fixo a pena definitiva do réu no patamar de 3 (três) anos, 3 (três) meses e 7 (sete) dias de reclusão, e 420 (quatrocentos e vinte) dias-multa.**

Mantenho integralmente, pois, a dosimetria penal contida na sentença recorrida no que se refere à fixação da pena privativa de liberdade cominada ao réu. A diferença se encontra na fixação da pena de multa (fixada em quatrocentos e vinte e oito dias-multa no édito de primeiro grau), alteração essa decorrente da alteração de ofício a que procedi na primeira fase da dosimetria, de modo a que a pena de multa fosse calculada seguindo os mesmos critérios utilizados para o estabelecimento da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade.

Mantenho o valor unitário do dia-multa no patamar mínimo de um trigésimo do salário mínimo vigente na data do fato, como estabelecido na sentença, ante a ausência de recurso ministerial e a correção de tal valor no caso concreto.

Entendo caber razão ao réu quanto ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

De início, saliento que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 111840, em 27 de junho de 2012, deferiu, por maioria, a ordem pleiteada naqueles autos e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, motivo pelo qual o regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º do Código Penal. Havendo precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal a respeito da inconstitucionalidade da norma, não há dever de levar a questão ao órgão especial desta E. Corte, nos termos do art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, aplicável nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal.

No caso em exame, trata-se de réu primário, que não ostenta maus antecedentes, bem como não existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos do art. 59 do Código Penal.

A pena-base foi majorada apenas em razão da quantidade da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, sendo a pena final estabelecida em 3 anos, 3 (três) meses e 7 (sete) dias de reclusão. A quantidade da substância não está prevista entre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, mas sim na legislação específica, em que o legislador determinou que fosse considerada apenas na fixação das penas, não se prestando a embasar a fixação de regime mais gravoso, mormente quando todas as demais circunstâncias são favoráveis ao acusado, como no caso em tela.

Ademais, nem a concretização da pena acima do mínimo legal induz, por si só, a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais rigoroso que aquele permitido pela sua quantidade e a primariedade do condenado, como consta do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: (...)

A regra legal para reprimendas como a estabelecida no caso concreto é o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Apenas a valoração negativa das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 poderia, em tese, dar ensejo à fixação de regime inicial mais gravoso, conforme o comando contido no art. 33, § 3º, do Código Penal. Não sendo desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais, e sendo ele primário, não há fundamento para a fixação de regime mais gravoso que a regra legal. Posto isso, acolho o pedido do réu, para alterar a sentença nessa parcela, fixando o regime inicial aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade.

Por fim, entendo ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Os requisitos previstos nos incisos I e II do art. 44 do Código Penal restam claramente cumpridos. Quanto à análise determinada pelo inciso III do mesmo dispositivo, a única circunstância fática desfavorável ao réu é a quantidade de droga apreendida em seu poder. Tendo em vista a ausência de outros fatores concretos desfavoráveis ao réu, entendo ser suficiente, para fins de repressão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreta do delito, a imposição de penas restritivas de direitos em substituição à pena privativa de liberdade. Considero preenchido, em suma, também o requisito previsto no art. 44, III, do Código Penal.

Procedo à substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, as quais consistirão em: a) Prestação de serviços à comunidade, nos termos legais, e em condições a serem fixadas pelo Juízo de Execuções Penais competente; b) Prestação pecuniária, no valor de 10 (dez) salários mínimos, em favor de entidade a ser determinada pelo Juízo de Execuções Penais competente." (fls. 396/400)

Portanto, constata-se que houve aumento da pena-base em virtude da quantidade da droga - 956 kg de maconha - (artigo 42, da Lei nº 11.343/06), o que impõe a fixação do regime inicial mais gravoso e a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Com efeito, a insurgência ministerial, neste ponto, merecia mesmo prosperar, visto que, embora a reprimenda aplicada ao recorrente - 3 anos, 3 meses e 7 dias de reclusão - permita em tese a fixação do regime inicial diverso do fechado "é assente nas Cortes Superiores o entendimento de que, reconhecida circunstância judicial tida como negativa, hábil a elevar a pena-base além do mínimo legal (art. 42, do Estatuto Antidrogas c/c o art. 59, do CP), revela-se motivação capaz para estipular o regime inicial mais gravoso (art. 33, § 3º, do CP)." (RHC 44.410/SP, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, DJe 24/03/2014).

Além do mais, mesmo que o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos de reclusão, a enorme quantidade de entorpecentes apreendida com o réu é fundamento idôneo e bastante para a fixação do regime inicial fechado para cumprimento de pena do acusado. Saliente-se que, *in casu*, foram apreendidos em poder do recorrente, **quase uma tonelada de maconha**, fato este que justifica a imposição do regime inicial extremo. Confirmam-se, no mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. DUPLA UTILIZAÇÃO. PRIMEIRA E TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. FUNDAMENTO UTILIZADO APENAS PARA DISTANCIAR A PENA-BASE DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE INDICAM QUE O RÉU SE DEDICA À TRAFICÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

(...)

4. Inviável a aplicação de regime diverso do fechado, haja vista a grande quantidade de droga mantida em depósito pelo réu (536 g de maconha, acondicionadas em 164 embalagens plásticas; 1.064 g de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maconha, acondicionadas em seis tabletes; 381,2 g de maconha, acondicionadas em uma embalagem plástica; 122,5 g de cocaína, acondicionadas em seis embalagens plásticas; e 2 g de cocaína, acondicionadas em seis embalagens plásticas).

5. *Writ* não conhecido".

(HC 344.806/RJ, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 31/03/2016)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS DESTACADAS PELO ACÓRDÃO RECORRIDO QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

(...)

- No caso, deve ser mantido o regime fechado, pois o acórdão recorrido destacou a gravidade concreta da conduta, consubstanciada na elevada quantidade e nocividade da droga apreendida, apontando, dessa forma, a presença de elemento que recomenda o regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido".

(HC 309.915/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016)

De igual maneira, diante na grande quantidade de entorpecentes apreendida com o réu, não há como se autorizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque, "nos termos do entendimento firmado por esta Corte, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar o indeferimento da substituição das penas". (HC 336.496/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 30/11/2015) No mesmo sentido:

"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.

(...)

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).

3. Agravo regimental não provido".

(AgRg no REsp 1430896/DF, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 01/12/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENAS ALTERNATIVAS. VEDAÇÃO COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. AUSENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

(...)

2. Tendo o Tribunal de 2º Grau reputado ausentes os requisitos legais, contidos no art. 44 do CP, em razão das circunstâncias do delito - *in casu*, natureza e quantidade da droga (1 invólucro contendo droga conhecida como cocaína, pesando cerca de 44 gramas - fl. 15), consideradas desfavoráveis, o que impediu a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, imprópria a presente via do *habeas corpus* à revisão de tal entendimento.

3. *Habeas corpus* não conhecido".

(HC 336.567/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 30/11/2015)

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NATUREZA DA DROGA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Devidamente fundamentada a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão das circunstâncias do caso concreto, em especial a natureza da substância entorpecente apreendida - cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

2. *Habeas corpus* não conhecido".

(HC 324.290/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 22/10/2015)

Ademais, ainda quanto à vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, é importante consignar que é pacífico neste Tribunal Superior o entendimento de que "quando há circunstância judicial considerada em desfavor do réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal" (HC 217.567/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 25/06/2012). Na mesma linha de raciocínio:

"*HABEAS CORPUS*. (...). SANÇÃO RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, INCISO III, DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Nos termos do art. 44, inciso III, do CP, 'As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente'. 2. Inviável proceder-se a substituição da sanção reclusiva por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos, quando essa permuta não se mostra suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada, haja vista a desfavorabilidade da maioria das circunstâncias judiciais. 3. Ordem parcialmente concedida, tão somente para fixar ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado". (HC 119.807/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2011)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. REDUÇÃO. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE RECONHECIMENTO COM BASE EM FOLHA DE ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DA CONVERSÃO DE PENA. 1. (...). 2. (...). 3. (...). 4. (...). 5. (...). 6. O regime prisional inicial fechado deve ser mantido, tendo em vista a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem assim, a reincidência do paciente. Inviável, ademais, a substituição de pena, tendo em conta o que preceituam os incisos II e III do art. 44 do Código Penal. 7. Ordem parcialmente concedida". (HC 95.675/MS, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 28/03/2011)

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. INTERMEDIÇÃO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO A TERCEIRO, MEDIANTE FRAUDE NA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA. PENA TOTAL: 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. INVERSÃO TUMULTUÁRIA DO FEITO. DEFICIÊNCIA RECURSAL. SÚMULA 284/STF. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE, NO CASO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (2 ANOS E 6 MESES) DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME (GRANDE PREJUÍZO PARA A AUTARQUIA). CULPABILIDADE ELEVADA. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ART. 62, I DO CPB. REGIME MAIS GRAVOSO A SER CONSIDERADO, NO CASO, É O SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CPB. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. 1. (...). 2. (...). 3. (...). 4. (...). 5. (...). 6. (...). 7. Ausente a demonstração de ofensa aos termos do art. 44 do CPB, pois assentado pelo Tribunal a quo que o recorrente não faz jus à substituição da pena por restritivas de direito, pois consideradas negativas a culpabilidade, os motivos e circunstâncias do delito. 8. Recurso conhecido e parcialmente provido, apenas para fixar o regime semiaberto para o início da execução da pena". (REsp 1202447/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJe 13/12/2010)

Dessa forma, constata-se que o acórdão recorrido violou de fato os artigos 33, § 3º, 44 e 59, todos do Código Penal, ao alterar o regime inicial para o aberto e permitir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conversão da pena em restritivas de direitos, impondo-se, desse modo, a fixação do regime fechado e a vedação à substituição da reprimenda, nos termos do lançado na decisão monocrática.

Por fim, quanto aos dispositivos constitucionais citados como ofendidos, saliente-se que não cabe a este Superior Tribunal a interpretação de normas constitucionais, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, **nego provimento** a ambos os agravos regimentais.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0019350-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 842.068 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00044037220134036002 201360020044038 44037220134036002 62877

PAUTA: 03/05/2016

JULGADO: 03/05/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LEANDRO JOSE AVILA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LEANDRO JOSE AVILA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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 aos agravos regimentais, 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.