



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 731.889 - SC
(2015/0148584-8)**

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : CARLOS AUGUSTO THIEDE (PRESO)
ADVOGADO : MARCELO GONZAGA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. ART. 42 DA LEI ANTIDROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO.

I - Não padece de vício a denúncia que descreve a conduta delituosa e aponta para a autoria, apresentando indícios suficientes para a deflagração da persecução penal.

II - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias.

III - **In casu**, o eg. Tribunal de origem concluiu pela existência de provas suficientes da materialidade delitiva, de modo que, para alterar tal conclusão, é indispensável nova incursão no acervo fático-probatório, providência incabível na estreita via do recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

IV - Não há que se falar em ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando a instância ordinária, apresentando fundamentação concreta, conclui que a quantidade e natureza do entorpecente apreendido revela a gravidade concreta do delito, exigindo resposta penal mais contundente.

V - A col. Corte de origem entendeu que o réu dedica-se a atividades criminosas, de modo que é inaplicável a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, com determinação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF)., 02 de agosto de 2016 (Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 731.889 - SC
(2015/0148584-8)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo interno, na forma do art. 1.021 do Código de Processo Civil/2015, interposto por CARLOS AUGUSTO THIEDE em face da decisão de fls. 671-680, da minha lavra, que rejeitou os aclaratórios opostos contra o **decisum** que conheceu do agravo, mas negou seguimento ao recurso especial, nos termos do então vigente art. 544, § 4º, inciso II, alínea **b**, do Código de Processo Civil (fl. 647-657).

Em suas razões, o agravante insiste na violação aos arts. 41 e 155 do Código de Processo Penal, aos arts. 33 e 59 do Código Penal e ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Argumenta, para tanto, que a condenação sustentou-se, exclusivamente em elementos informativos produzidos na fase policial. Persevera na necessidade de redimensionamento da sanção, tanto pela redução da pena-base quanto pela aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e, também, na inadequação do regime inicial estabelecido pelas instâncias ordinárias.

Pugna, ao final, pela reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, pela submissão do recurso à Turma julgadora.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 699-704, pelo desprovidimento do agravo.

Por manter o **decisum**, trago o feito ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 731.889 - SC
(2015/0148584-8)**

EMENTA

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. ART. 42 DA LEI ANTIDROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO.

I - Não padece de vício a denúncia que descreve a conduta delituosa e aponta para a autoria, apresentando indícios suficientes para a deflagração da persecução penal.

II - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias.

III - **In casu**, o eg. Tribunal de origem concluiu pela existência de provas suficientes da materialidade delitiva, de modo que, para alterar tal conclusão, é indispensável nova incursão no acervo fático-probatório, providência incabível na estreita via do recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

IV - Não há que se falar em ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando a instância ordinária, apresentando fundamentação concreta, conclui que a quantidade e natureza do entorpecente apreendido revela a gravidade concreta do delito, exigindo resposta penal mais contundente.

V - A col. Corte de origem entendeu que o réu dedica-se a atividades criminosas, de modo que é inaplicável a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Agravo regimental desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Não obstante os argumentos apresentados pelo ora agravante, há de ser mantida a decisão objurgada.

De início, o pleito relativo à inépcia da peça acusatória não merece prosperar. É que o eg. Tribunal catarinense, apreciando a questão, deixou consignado que *"a leitura da exordial acusatória permite constatar todas as elementares do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006), as circunstâncias do crime (lugar, tempo, modo entre outras) e, ao final, o rol de testemunhas, razão pela qual não há que se falar em inépcia"* (fl. 425).

De fato, a denúncia descreve a conduta e as circunstâncias em que o delito teria sido praticado, conforme se vê no trecho a seguir:

"Consta do presente procedimento que no dia 24 de setembro de 2013, por volta das 16h:32min, policiais militares ('P2') se deslocaram até a Rua Maria Emília dos Santos, nº 19, no bairro Jardim Coqueiros, nesta cidade de Palhoça, pois segundo informações recebidas via denúncia anônima, tal endereço seria um ponto de comercialização e esconderijo de entorpecentes.

Chegando ao local noticiado, os milicianos foram recebidos pelo denunciado CARLOS AUGUSTO THIEDE, proprietário da casa, o qual franqueou a entrada daqueles em sua residência para averiguação das informações passadas, mediante procedimento de buscas .

Já no interior da morada, dentro de um dos quartos, na parte interna do guarda roupa, os 'PMs' lograram êxito ao encontrar 14 sacos plásticos, tipo 'zip lock' contendo em cada um deles 50 comprimidos, além de um pacote maior com 468 comprimidos ('BO' de fl. 19), totalizando na apreensão de 1.188 comprimidos de 'ecstasy' ('Laudo de Constatação' de fl. 15), os quais eram guardados naquele local pelo denunciado para fins de comercialização. Além da droga sintética, também foram apreendidos R\$ 862,00 em espécie, que estavam dentro da carteira pessoal de CARLOS, numerário proveniente do comércio ilícito de entorpecentes, além de plásticos para a embalagem do estupefaciente, tudo conforme constou do Termo de Exibição e Apreensão de fl. 13" (fls. 41-42).

Verifico do excerto acima que a inicial acusatória cumpriu o seu papel ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualificar o acusado, expor as condutas criminosas e arrolar testemunhas, não havendo, pois, que se falar em inépcia. O v. acórdão hostilizado refutou claramente a tese de inépcia da denúncia, tendo em vista o cumprimento dos pressupostos legais. Assim, ao contrário do afirmado, a defesa pôde exercer sem dificuldades seu ofício.

Ademais, é pacífico o entendimento tanto do eg. Pretório Excelso, quanto deste Superior Tribunal de Justiça, que resta preclusa tal alegação quando feita após a sentença penal condenatória, caso dos autos.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INÉPCIA DA DENÚNCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA. ANÁLISE SOBRE A MATERIALIDADE DO DELITO QUE NÃO PODE SER FEITA NA VIA ELEITA, SOBRETUDO APÓS A SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTE A DENÚNCIA. MATÉRIAS QUE SERÃO ANALISADAS NO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL, JÁ INTERPOSTO. DESCAMINHO E ART. 1º, INCISO V, DA LEI N. 8.137/90. CRIMES FORMAIS. DESNECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. REGRA DA SÚMULA VINCULANTE N.º 24/STF. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, POSSA ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Não é inepta a denúncia que apesar de sucinta descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência do crime em tese e a participação da Paciente, com indícios suficientes para deflagração da persecução penal, possibilitando-lhe o pleno exercício do direito de defesa. Precedentes.

3. O reconhecimento da ausência de justa causa na persecução criminal, diante da inexistência de quaisquer elementos indiciários concretos e objetivos para incriminar a acusada pelos delitos de sonegação fiscal, evasão de divisas e descaminho tipificados na denúncia, demandaria, necessariamente, o exame acurado da prova, incabível na via estreita do **habeas corpus**, sobretudo após a sentença condenatória de primeiro grau que, ao apreciar detalhadamente os fatos ocorridos, julgou parcialmente procedente a denúncia e reconheceu a responsabilidade criminal da ré.

[...]

8. **Habeas corpus não conhecido**" (HC n. 232.877/CE,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ALEGAÇÕES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA DEDUZIDAS APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRECLUSÃO.

1. *Não há como conhecer, no juízo de cognição estreita do habeas corpus, as alegações de inépcia da denúncia e de falta de justa causa para a ação penal, suscitadas após a sentença penal condenatória, ante a ocorrência da preclusão.*

2. *Agravo regimental não provido"* (AgRg no HC n. 244.745/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 23/10/2014).

Quanto à tese relativa à insuficiência de provas, arrimada no argumento de que o édito condenatório baseou-se, exclusivamente, em elementos informativos obtidos na fase inquisitorial, o eg. Tribunal de origem entendeu que *"a materialidade do delito ampara-se no auto de exibição e apreensão de fls 13, laudo provisório de constatação de fl. 15 a 18 e no laudo pericial definitivo de fls 109 e 110"* (fls. 427-429), e quanto à autoria, que esta foi comprovada pela prova oral obtida tanto na fase policial quanto nos depoimentos prestados em juízo.

Assim, a col. Corte estadual, apreciando detalhadamente o conjunto probatório carreado aos autos, concluiu pela materialidade do delito, de modo que, eventual modificação das balizas estabelecidas pelas instâncias ordinárias esbarra no óbice insculpido no enunciado sumular n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual *"a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"*.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF.

1. *A violação de preceitos, dispositivos ou princípios constitucionais revela-se quaestio afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso especial nesse aspecto, em função do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposto no art. 105, III, da Constituição Federal.

2. O acórdão **a quo** chegou a uma fundamentada solução condenatória após minucioso exame de fatos e provas. A alteração de solução condenatória para absolutória, postulada pela defesa, implicaria o reexame aprofundado de fatos e provas, o que é inviável, em razão da Súmula 7/STJ.

3. O intuito de debater novos temas por meio de agravo regimental, não trazidos inicialmente no recurso especial, reveste-se de indevida inovação recursal.

4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

5. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp n. 1.251.285/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 20/2/2014).

Da mesma forma, a sanção imposta ao ora agravante também não comporta qualquer reparo.

De fato, na primeira fase da dosimetria, o eg. Tribunal de origem fixou a pena em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, em razão da quantidade e da natureza dos entorpecentes apreendidos em poder do réu (1.183 comprimidos de **ecstasy**). Desse modo, observa-se a sintonia entre o v. acórdão objurgado e a jurisprudência desta Corte, quanto à preponderância da circunstância prevista no art. 42 da Lei nº 11.343/06 sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal para, de maneira fundamentada, justificar a elevação da reprimenda e atender as exigências estabelecidas pela lei em comento.

Ilustrativamente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ART. 42 DA LEI 11.343/06 EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. **Em se tratando de crime de tráfico de drogas, na fixação das penas deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante disposto no art. 42, da Lei n. 11.343/06.**

2. **Verificando que as instâncias ordinárias levaram em**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consideração a natureza lesiva e a exorbitante quantidade da droga apreendida - 21,6 kg de cocaína - não se configura qualquer ilegalidade quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

[...] CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. **BIS IN IDEM**. INEXISTÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

[...]

3. Não há **bis in idem** na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, visto que o montante do entorpecente apreendido apenas agravou a sanção de piso, não tendo sido adotado como parâmetro de aplicação na terceira, porquanto, em razão das circunstâncias do crime, a Corte de origem reconheceu o envolvimento do paciente com atividades ilícitas, sendo esse o motivo que impossibilitou a incidência do redutor, conforme destacado no **decisum** impugnado.

4. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 268.565/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 23/10/2014).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. MAIS DE UM QUILO DE COCAÍNA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/06 NO PATAMAR DE 1/3 (UM TERÇO). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE **BIS IN IDEM OU TERATOLOGIA QUE AUTORIZA A MODIFICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

[...]

- O Juiz de primeiro grau, na forma determinada pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006, justificou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em 6 (seis) meses para Sangvan Kairavee e em 1 (um) ano para Uraporn Chomnuk, **de forma fundamentada, destacando a natureza e a quantidade de droga apreendida** transportada por cada uma - 317,7 gramas de cocaína e 962,6 gramas de cocaína respectivamente -, **elemento concreto que evidencia a reprovabilidade da conduta atribuída a cada paciente e autoriza a majoração aplicada.**

- O Tribunal a quo ao aplicar a causa especial de diminuição da Lei de Drogas entendeu como suficiente adoção da fração de 1/3 (um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terço) para redução, destacando ser ela 'a fração razoável em face do deslocamento das rés até o País para adquirir a droga a ser remetida ao exterior', não incidindo em **bis in idem** ou teratologia na sua fundamentação que justifique sua modificação ou caracterize flagrante constrangimento ilegal a ponto de autorizar a concessão de **habeas corpus** de ofício.

- Em sede de **habeas corpus**, deve ser evitada a modificação da sanção penal imposta pelas instâncias ordinárias, que estão mais próximas dos fatos e são soberanas na análise das provas contidas nos autos, devendo a revisão da pena fixada ser efetivada somente nos casos de flagrante ilegalidade ou teratologia no seu cálculo, o que não se verifica no presente caso.

- Mantidas as penas em patamar superior a quatro anos de reclusão, inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que não atendidos os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 188.584/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Ericson Maranhão** - Desembargador Convocado do TJ/SP, DJe de 10/11/2014).

Por seu turno, o benefício do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas foi afastado em razão de haver nos autos elementos que permitiram constatar a dedicação do réu ao comércio ilícito de entorpecentes (fls. 438-439), o que impede a aplicação da causa especial de diminuição de pena por não haver o preenchimento simultâneo dos requisitos legais demandados no dispositivo de regência.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. CUMPRIMENTO. DOSIMETRIA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE DEVIDAMENTE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INADEQUAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DE PREMISSE. INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

[...]

3. Ao contrário do que se alega no agravo, as instâncias ordinárias estabeleceram a pena-base acima do piso legal, visto que além da quantidade (10,245kg) e da natureza da droga (cocaína), foram valoradas negativamente a culpabilidade do agente e as consequências do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime, circunstâncias que tornam razoável o quantum de pena estabelecido na primeira fase.

4. Hipótese em que a agravante não preenche os requisitos para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sobretudo por se tratar, como salientado pelo acórdão atacado, de agente que "se dedicava à prática do tráfico internacional de entorpecentes, de maneira reiterada", uma vez que, "já havia realizado anteriormente, em um curto período de tempo, quatro outras viagens ao Brasil, sem justificativas plausíveis", premissas que, para serem alteradas, demandariam a incursão no acervo fático-probatório, providência sabidamente incompatível com a via eleita.

5. Não há que se falar em **bis in idem**, dado que a 'natureza e quantidade da droga' (circunstâncias que elevaram a pena-base) não foram os únicos argumentos utilizados pelas instâncias ordinárias para afastar a causa especial de diminuição em análise. É, por si só, causa legítima para a negativa do benefício a constatação de que a agravante transportava entorpecentes de forma habitual.

6. Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 214.602/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 4/8/2015).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base em 1/6 deu-se em razão da natureza das substância entorpecente apreendida - cocaína - e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entender o Magistrado de primeira instância que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelo Juízo de primeira instância, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal" (HC n. 319.377/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 25/6/2015).

Ainda, quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, o v. acórdão recorrido firmou-se no mesmo sentido da pacífica jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, entendendo que as circunstâncias de cometimento da infração, notadamente a grande quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, autorizam a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso.

Ilustrativamente:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. ATENUANTE DA CONFISSÃO. DELAÇÃO PREMIADA. REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CPP. TEMA NÃO DEBATIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. CRITÉRIOS DO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

6. *Presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis à acusada, especialmente em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, é legal a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso, tudo em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.*

7. [...]

8. *Agravo regimental desprovido"* (AgRg no AREsp n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

451.724/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 12/11/2014).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CONSIDERAÇÃO PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA APLICAR O REGIME MAIS GRAVOSO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja fixado o regime carcerário que, à luz do disposto no artigo 33 e parágrafos do Código Penal, mostre-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

2. Não há constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado ao condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis e das peculiaridades do caso concreto, em especial a quantidade e a alta nocividade da substância entorpecente apreendida (1,105kg de cocaína).

3. A valoração da quantidade e da natureza da droga para exasperar a pena-base e para impor regime prisional mais severo não configura qualquer ilegalidade, porquanto, por expressa previsão do art. 33, § 3º, do Código Penal, a determinação do regime - fase distinta da dosimetria da pena - far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal. Precedentes.

4. **Habeas corpus não conhecido**" (HC n. 303.475/MT, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 10/11/2014).

Diante do exposto **nego provimento** ao agravo regimental.

Por fim, tendo em vista o que decidido pela col. Suprema Corte, por ocasião do julgamento do **HC n. 126.292/SP**, no qual foi autorizada a execução provisória da pena, **determino**, independentemente da certificação do trânsito em julgado, à Coordenadoria da Quinta Turma, a remessa de cópia da sentença, do v. acórdão prolatado em apelação e das decisões proferidas nesta Corte para o MM. Juízo de primeira instância, a fim de que proceda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à execução provisória da pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0148584-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt nos EDcl no AREsp 731.889 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00081206720158240000 00321004320158240000 00321012820158240000
01322263420138240045 110072013 1322263420138240045 20130675852
20130906898 20140160017 20140160017000100 20140160017000201
20140160017000301 321004320158240000 321012820158240000 51300298
81206720158240000

PAUTA: 02/08/2016

JULGADO: 02/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CARLOS AUGUSTO THIEDE (PRESO)
ADVOGADO : MARCELO GONZAGA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : CARLOS AUGUSTO THIEDE (PRESO)
ADVOGADO : MARCELO GONZAGA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, com determinação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.