



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 685.496 - MG (2015/0083536-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MARCUS VINICIUS DA GAMA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL PARA MAIS GRAVOSO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO RECOMENDÁVEL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Na hipótese, verifica-se não ter sido dada a correta interpretação aos dispostos nos arts. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada abaixo de 4 anos, e o sentenciado seja primário, o regime semiaberto é o cabível à espécie (como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* das sanções aplicadas), dada a presença de circunstâncias preponderantes, quais sejam, natureza e quantidade das drogas apreendidas (4,35g de maconha e 223,65g de cocaína).

2. Não se recomenda a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, pela falta de atendimento ao pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP - natureza e quantidade da droga apreendida).

3. Agravo regimental não provido.

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.

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

Brasília (DF), 06 de junho de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 685.496 - MG (2015/0083536-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MARCUS VINICIUS DA GAMA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por **MARCUS VINICIUS DA GAMA** contra decisão de minha relatoria, em que foi conhecido o agravo e dado parcial provimento ao recurso especial do Ministério Público (e-STJ, fls. 636-643).

O agravante sustenta, em síntese, que **a)** "efetivamente, o TJ/MG não valorou negativamente nenhuma das circunstâncias que devem ser levadas em consideração para a fixação da pena-base, estabelecendo-a, portanto, em seu mínimo legal;" **b)** se vê, "pois, que o '*quantum* das sanções aplicadas' é o determinado pelo mínimo legal abstratamente cominado. Decorre daí a constatação de que o grau de culpabilidade, entendido como o juízo de reprovabilidade incidente sobre a conduta, é normal ao crime pelo qual o ora agravante foi condenado. Não se afigura correto, então, rever o entendimento firmado pelo Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos e provas, para modificar o regime inicial de cumprimento da pena em desfavor do réu;" **c)** "o fato de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, porque assim permitiram as circunstâncias judiciais, evidencia que o regime prisional inicial realmente deve ser aberto. Nesse sentido, a Súmula 444 do STJ estabelece que 'fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito';" **d)** "não se pode olvidar, ademais, que 'a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada' e que 'a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea', como estabelecem as Súmulas 718 e 719 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL" e **e)** se verifica, "então, que o Tribunal de origem não reconheceu a presença de nenhuma circunstância idônea a atrair a incidência da óbice previsto no artigo 44, inciso III, do Código Penal."

Requer, portanto, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do agravo ao crivo deste órgão colegiado, a fim de que seja negado provimento ao recurso especial interposto pela acusação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 685.496 - MG (2015/0083536-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MARCUS VINICIUS DA GAMA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL PARA MAIS GRAVOSO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO RECOMENDÁVEL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Na hipótese, verifica-se não ter sido dada a correta interpretação aos dispostos nos arts. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada abaixo de 4 anos, e o sentenciado seja primário, o regime semiaberto é o cabível à espécie (como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* das sanções aplicadas), dada a presença de circunstâncias prevaletentes, quais sejam, natureza e quantidade das drogas apreendidas (4,35g de maconha e 223,65g de cocaína).

2. Não se recomenda a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, pela falta de atendimento ao pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP - natureza e quantidade da droga apreendida).

3. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

A pretensão não merece êxito, na medida em que o agravante não apresentou argumentos capazes de modificar o entendimento anteriormente adotado.

Quanto ao regime de cumprimento, está no acórdão combatido:

"Portanto, de acordo com a orientação da Suprema Corte, afastada a disposição constante do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, não há mais óbices à fixação de outros regimes nos delitos tidos como hediondos ou a eles equiparados, devendo o regime prisional ser fixado com estrita obediência ao art. 33, § 3º, c/c art. 59, ambos do Código Penal.

[...]

Logo, diante da atual orientação dominante nos Tribunais Superiores e do *quantum* de pena aplicada, hei por bem fixar o regime aberto para o cumprimento da reprimenda corporal estabelecida, com base no art. 33, § 2º, V, do Código Penal.

Da mesma forma, tendo o delito sido perpetrado sem violência ou grave ameaça, considerando que as penas não superam a 04 (quatro) anos, mostra-se cabível a substituição da pena privativa por restritivas de direitos (art. 44 do CP), especialmente agora que o STF declarou inconstitucionais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os dispositivos da lei de drogas que vedavam a aplicação das penas alternativas, razão porque, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da condenação de cada um deles e prestação pecuniária, no valor de 01 (um) salário mínimo, a ser destinada a entidade especificada pelo Juízo da Execução." (e-STJ, fls. 497-499.)

Inicialmente, convém destacar que a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES, em 27/7/2012.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, deve se expor **motivadamente** a escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, verifica-se não ter sido dada a correta interpretação aos dispostos nos arts. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada abaixo de 4 anos, e o sentenciado seja primário, o regime semiaberto é o cabível à espécie (como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* das sanções aplicadas), dada a presença de circunstâncias prevaletentes, quais sejam, natureza e quantidade das drogas apreendidas (**4,35g de maconha e 223,65g de cocaína**).

Confira-se:

"[...]

3. No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade da substância apreendida, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 944.865/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 05/12/2016.)

"[...]

2. A natureza e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para a imposição do regime mais severo (3.165g de cocaína). Precedentes.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 258.364/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 24/11/2016.)

"[...]

- A fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada pelas instâncias ordinárias que, a teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consideraram, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal - CP, a natureza e a quantidade da droga apreendida (1.085g de cocaína).

- Rever a fração aplicada na origem a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedimento vedado a este Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial, em que não se admite o reexame de matéria fático-probatória. Incidência do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte (*ut*, AgRg no REsp 1470904/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 4/12/2014).

- Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao recorrente não reincidente, condenado à pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (grande quantidade de cocaína). (HC 228.963/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 27/04/2015).

- Não há falar em *bis in idem* na utilização da quantidade do entorpecente para exasperar pena-base e fixar o regime inicial mais severo - A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal). Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1.317.838/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Desembargador convocado do TJ/SP, SEXTA TURMA, DJe 16/03/2016.)

"[...]

1. Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, no julgamento do HC 111.840/ES, pelo Supremo Tribunal Federal - cuja norma previa a obrigatoriedade do modo inicial fechado de cumprimento de pena - a definição do regime prisional aos sentenciados por delitos hediondos e os a eles equiparados deve observar as diretrizes comuns do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas como elementos preponderantes a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

2. Explicitado no acórdão impugnado que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa das circunstâncias do delito, especificamente a natureza e a quantidade da droga apreendida (28 pedras de *crack* e outra pedra grande de *crack*, com peso de 5,52 g), o regime semiaberto (mais rigoroso) é o cabível para o início do cumprimento da pena corporal, ainda que o *quantum* de reprimenda definitiva tenha sido fixada abaixo de 4 anos de reclusão, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, 'b', do Código Penal.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos também não se mostra cabível, nos exatos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal, ante a consideração negativa das circunstâncias do delito (quantidade e natureza do entorpecente).

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1.296.005/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 25/11/2015.)

Vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", o que levou, inclusive, a supressão desses trechos do texto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Portanto, desde que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas.

Na hipótese, não se recomenda a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP - natureza e quantidade da droga apreendida).

Sobre o tema, o seguinte julgado:

"[...]

2. O Tribunal de origem considerou devida a incidência da fração de 1/2, em razão da natureza e da quantidade de drogas apreendidas, de modo que, havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento na fração de metade, deve ser mantido inalterado o *quantum* de redução, máxime porque referidos elementos não foram sopesados para fins de exasperação da pena-base.

3. Em razão da natureza da droga apreendida - dotada de alto poder viciante -, o regime inicial semiaberto é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Conquanto o recorrente haja sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, as peculiaridades do caso concreto (em especial, a natureza da droga apreendida) evidenciam, à luz do inciso III do art. 44 do Código Penal, que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostra uma medida socialmente recomendável.

5. Recurso especial parcialmente provido, apenas para fixar ao recorrente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena."

(REsp 1558390/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016, grifou-se.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0083536-0

AgRg no
AREsp 685.496 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0145120663029 0145120789501 0145120791317 07913173720128130145
10145120791317 10145120791317001 10145120791317004

PAUTA: 06/06/2017

JULGADO: 06/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MARCUS VINICIUS DA GAMA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CORRÉU : GUILHERME DA GAMA

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 : MARCUS VINICIUS DA GAMA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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."

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