



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 721.016 - SC
(2015/0128693-2)**

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : CLÉZIO DE SOUZA
AGRAVANTE : ÁLISSON WILLIAN EICHINGER
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TESE NOVA QUE NÃO FOI DEDUZIDA NO RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33 E 44 DO CP. ACÓRDÃO A QUO QUE FIXOU O REGIME INICIAL SEMIABERTO E VEDOU A PENA SUBSTITUTIVA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. FUNDAMENTOS (QUANTIDADE E NATUREZA) IDÔNEOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de novembro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 721.016 - SC
(2015/0128693-2)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Agravo regimental interposto por **Clézio de Souza e Álisson Willian Eichinger** contra decisão monocrática, de minha lavra, assim ementada

PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33 E 44 DO CP. ACÓRDÃO A QUO QUE FIXOU O REGIME INICIAL SEMIABERTO E VEDOU A PENA SUBSTITUTIVA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. FUNDAMENTOS (QUANTIDADE E NATUREZA) IDÔNEOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

Agravo em recurso especial improvido.

Nas razões, a defesa alega que *a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em apreço em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa, em observância ao princípio do ne bis in idem.*

Aduz, ainda, que, *conforme a Súmula 718 do STF, “a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.* Assim, *não deve ser aplicada ao caso a Súmula 83 do STJ.*

Ao final, conclui que, *preenchendo os recorrentes os requisitos objetivos e subjetivos, cabível a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direito (fls. 307/312).*

Requer, assim, seja reformada a decisão agravada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 721.016 - SC
(2015/0128693-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Desde logo, cumpre observar que não foi suscitado, no recurso especial, eventual violação do princípio do *ne bis in idem* decorrente da alegada valoração da quantidade e natureza da droga em fases distintas da dosimetria da pena. Logo, a tese recursal não comporta conhecimento (preclusão consumativa).

A propósito, destaco:

[...] 1. É vedado, em sede de agravo regimental, suscitar matéria que não foi objeto do recurso especial, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa. [...]

(AgRg no AREsp n. 517.786/RS, Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 14/8/2014)

Ademais, ainda que a questão tivesse sido objeto do recurso, não comportaria conhecimento, uma vez que a Corte de origem não se manifestou acerca do tema. Tampouco cuidou a defesa de suscitar tais questões em sede de aclaratórios. Logo, ausente o necessário prequestionamento. Sobre o tema, confirmam-se: AgRg no AREsp n. 263.135/RJ, Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 29/4/2014; AgRg nos EDcl no AREsp n. 46.955/MG, Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 6/6/2012; e AgRg no Ag n. 568.750/SP, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 15/8/2011.

No mais, a decisão deve ser mantida sob seus próprios fundamentos.

Na hipótese dos autos, não obstante a pena definitiva tenha ficado aquém de 4 anos de reclusão, ficou consignado na sentença que *a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, diante da quantidade de pena, da circunstância judicial desfavorável, bem como da natureza e da quantidade da droga apreendida (58 gramas de crack), que*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicam a necessidade de imposição do regime de cumprimento mais severo, com gradual reinserção na sociedade (fls. 126/127 – grifo nosso).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, analisando o tema, entendeu por bem dar parcial provimento à apelação e fixar o regime inicial intermediário. Veja-se, no ponto, o que disse o Relator (fls. 222/223 – grifo nosso):

[...] 3 Concernente ao pedido de fixação de regime menos rigoroso aos apelantes, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou inconstitucional o § 1º do art 2.º da Lei n. 8.072/90 (redação pela Lei n. 11.464/07). Tal dispositivo impõe a fixação de regime inicialmente fechado aos condenados pela prática dos crimes de tráfico de drogas, bem como para os crimes hediondos, de tortura e de terrorismo.

Conquanto a inconstitucionalidade tenha sido declarada em controle difuso e de maneira incidental, não se pode negar a sua aplicação no caso concreto, mormente porque a decisão foi proferida pelo plenário da Corte Suprema, guardiã da Constituição Federal.

Assim, **inexistindo obrigatoriedade de regime, este deve obedecer aos ditames do Código Penal (art. 33).**

Considerando as particularidades do caso em exame, notadamente que as penas ficaram estipuladas em patamar inferior a 4 anos de reclusão e que as circunstâncias judiciais, em sua maioria, foram consideradas favoráveis aos réus - a exceção das circunstâncias do delito e da natureza e quantidade da droga - conclui-se que é possível conceder aos apelantes o regaste da pena no regime semiaberto. [...]

Como se verifica, apesar de a pena dos recorrentes ter sido fixada, ao final, em 3 anos e 4 meses reclusão, a Corte estadual abrandou o regime prisional, fixando aos recorrentes o regime intermediário, em razão da quantidade e natureza do entorpecente apreendido (58 g de *crack*).

Nesse aspecto, não diviso nenhuma ilegalidade no aresto, pois a fixação do regime inicial não está, necessariamente, ligada à quantidade da pena privativa de liberdade aplicada, **sendo imprescindível que se considerem as outras circunstâncias do delito praticado, inclusive a quantidade e natureza da droga.**

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE FAZIA DA NARCOTRAFICÂNCIA SEU MEIO DE VIDA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. **REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. NÃO CONHECIMENTO.** [...]*

3. Devidamente fundamentada a fixação do regime inicial fechado, em razão da quantidade, natureza e da diversidade das substâncias entorpecentes apreendida - 35 porções de maconha, 39 *eppendorfs* de crack e 20 *eppendorfs* de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006) -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 294.403/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/9/2014 – grifo nosso)

E, ainda: AgRg no REsp n. 1.301.826/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 20/11/2013.

Acerca do segundo ponto do recurso, verifico que o Tribunal *a quo* deixou de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por entender que ***as circunstâncias do crime, consubstanciadas na natureza (crack) e na quantidade (58 gramas – fls. 10 e 45-47) da droga apreendida, evidenciam que a substituição não é suficiente à reprovação e prevenção do crime, devendo os pleitos ser indeferidos, a teor do art. 44, III, do Código Penal (fl. 233 – grifo nosso).***

Tais fundamentos, ao contrário do que alega a defesa, são idôneos, à luz da jurisprudência desta Corte:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA NO RECURSO MINISTERIAL. DESRESPEITO AO *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM*. CONFIGURAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO PARA A VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. [...]*

3. **A natureza, a quantidade e a variedade de drogas apreendidas, por evidenciarem maior reprovabilidade da conduta imputada, e a acentuada periculosidade do paciente autorizam a imposição de regime**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional mais gravoso e o indeferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. Ordem parcialmente concedida.

(HC n. 227.266/RJ, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 19/11/2012 – grifo nosso)

Confiram-se, ainda, os seguintes precedentes: AgRg no REsp n. 1.419.149/SC, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 18/6/2014; e HC n. 287.891/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 14/4/2014.

Com efeito, o acórdão impugnado guarda perfeita harmonia com a orientação jurisprudencial consolidada nesta Corte. É o caso, pois, de incidir a Súmula 83/STJ.

Em face do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0128693-2

AgRg no
AREsp 721.016 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000221920148240036 00232283920158240000 036140000220 20140616992
20140616992000100 20140616992000101 221920148240036 232283920158240000
36140000220

EM MESA

JULGADO: 03/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CLÉZIO DE SOUZA
AGRAVANTE : ÁLISSON WILLIAN EICHINGER
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
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 REGIMENTAL

AGRAVANTE : CLÉZIO DE SOUZA
AGRAVANTE : ÁLISSON WILLIAN EICHINGER
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.