



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.618.966 - SC (2016/0208344-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MICHAEL JONI DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 33, §§ 2º E 3º, E 44, AMBOS DO CP. INOCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. AFASTADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME NEGATIVAS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, o Tribunal *a quo* entendeu não ser recomendável a fixação de regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em virtude das circunstâncias do crime (apreensão de 42g de cocaína, no momento em que estava em gozo do benefício da saída temporária por outro processo).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 06 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.618.966 - SC (2016/0208344-1)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
AGRAVANTE : **MICHAEL JONI DA SILVA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental, interposto, por MICHAEL JONI DA SILVA, contra decisão monocrática, de minha lavra, que negou provimento ao recurso especial, nos seguintes termos:

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 33, §§ 2º E 3º, E 44, AMBOS DO CP. INOCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. AFASTADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME NEGATIVAS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 568/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO." (fls. 323/328)

Em seu agravo regimental, acostado às fls. 341/346, o agravante insiste que deve ser fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, alegando que "a pena-base foi fixada no mínimo legal; a pena definitiva não excede a 4 (quatro) anos de reclusão, 'o acusado não registra antecedentes criminais' que justifiquem o regime prisional mais rigoroso (e-STJ fls. 37 e 156), e, por fim, a quantidade de droga apreendida, embora significativa, não é suficiente para justificar o modo de execução mais gravoso".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.618.966 - SC (2016/0208344-1)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 33, §§ 2º E 3º, E 44, AMBOS DO CP. INOCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. AFASTADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME NEGATIVAS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, o Tribunal *a quo* entendeu não ser recomendável a fixação de regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em virtude das circunstâncias do crime (apreensão de 42g de cocaína, no momento em que estava em gozo do benefício da saída temporária por outro processo).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, conforme se explicitou na decisão agravada, no que concerne à aventada ofensa aos artigos 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal, sem razão o agravante, visto que, embora a pena privativa de liberdade fixada - 1 ano e 8 meses de reclusão - permita, em tese, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o Tribunal de origem entendeu não ser recomendável em virtude das circunstâncias do crime (apreensão de 42g de cocaína, no momento em que estava em gozo do benefício da saída temporária por conta de outro processo relacionado ao comércio espúrio e outros ilícitos). Quanto ao ponto, assim consignou o Tribunal *a quo*:

"Em relação ao recurso do Ministério Público, especificamente quanto ao pedido de fixação do regime inicial fechado ou semiaberto para o resgate da reprimenda corporal, sabe-se que, além de equiparado a hediondo, a Constituição Federal define que o delito de tráfico de drogas é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLIII, da Constituição Federal).

No caso, a despeito da (in)constitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90, o regime inicial do fechado revela-se cabível e adequado.

Com efeito, verifica-se, embora o Magistrado sentenciante tenha fixado a pena-base no mínimo legal e aplicado a benesse capitulada no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no grau máximo, a natureza e a quantidade da droga que o apelante trazia consigo enseja maior repressão no regime prisional, dada a possibilidade de fracionamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e a potencialidade lesiva de 42g de cocaína.

Além disso, observa-se da certidão de fl. 37 que o apelante fora condenado outrora pela prática do mesmo delito, por associação para o tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo equiparada a de uso restrito, o que evidencia a dedicação a atividades criminosas.

Ainda, destaca-se que o apelante se encontrava, no momento da apreensão, em gozo do benefício da saída temporária justamente por conta desse outro processo relacionado ao comércio espúrio e outros ilícitos.

Logo, o regime inicial fechado se aplica ao caso concreto, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

A respeito do tema, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 493.746/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 21/08/2014, DJe 28/08/2014): (...)

Portanto, o recurso Ministerial deve ser provido para que seja fixado o regime prisional fechado ao apelado.

De outro norte, merece reparo a sentença no que concerne à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, como requerido pela acusação, porque, embora declarado parcialmente inconstitucional o dispositivo do art. 44 da Lei de Drogas, observada a Resolução n. 5/2012, do Senado Federal, a análise da possibilidade da conversão deve ser realizada à luz dos requisitos cumulativos do art. 44 do Código Penal.

Com efeito, embora os requisitos objetivos estejam cumpridos (art. 44, incisos I e II, do Código Penal), o requisito subjetivo não está satisfeito nesta hipótese, porque a medida não se apresenta suficiente para a prevenção e repressão de crime que detém alta gravidade.

Noutros termos, em se tratando de tráfico de significativa quantidade de cocaína e de delito ocorrido durante a saída temporária, afigura-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, notadamente porque está evidente a insuficiência da medida.

Ademais, o motivo (obtenção de lucro fácil à custa da saúde alheia) e as circunstâncias (fomento à prática de outros crimes graves) em que ocorre tráfico de drogas revelam a impossibilidade de se converter a reprimenda corporal em penas restritivas de direitos (art. 44, inciso III, do Código Penal).

Ademais, da íntegra do acórdão proferido por esta Câmara Criminal, observa-se as seguintes razões para à negativa da substituição pretendida pelo apelante (Apelação Criminal n. 2013.063980-1, de Camboriú, rel. Des. Rui Fortes, j. 11-11-2014): (...)

Sob outro viés, ressalta-se que uma das penas cominadas para aquele que pratica o delito capitulado no art. 28 da Lei de Drogas (posse de drogas para o consumo pessoal) é justamente a prestação de serviços à comunidade (art. 28, inciso II, do Código Penal), típica pena restritiva de direito, e, assim, admitida a possibilidade de conversão, em determinadas hipóteses, punir-se-ia igualmente condutas inteiramente diversas." (fls. 265/267)

Assim, denota-se que o entendimento adotado pelo Tribunal de origem guarda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

finia sintonia com a jurisprudência consolidada neste Tribunal Superior de Justiça. De fato, as circunstâncias do crime, como a quantidade e a natureza da droga apreendida, são fundamentos aptos a justificar a imposição de regime mais gravoso e a negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MAIOR GRAVIDADE DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES. REGIME FECHADO E NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. - (...) - **Não obstante a primariedade do paciente, a fixação da pena-base no mínimo e a aplicação da reprimenda definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime fechado e a não substituição da pena por restritiva de direitos estão justificados na quantidade e na natureza das drogas. - Habeas corpus não conhecido.**" (HC 316.129/SP, Rel. Min. ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 24/04/2015)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. - (...) - **No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, tendo em vista a quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas - 57 porções de cocaína, somando um total de 22,6 g e 11 trouxinhas de maconha, representando um total de 17,5 g -, justificam a imposição do regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido.**" (HC 249.914/SP, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, DJe 19/04/2013)"

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DIVERSIDADE,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS INADEQUADA. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. (...).

2. **No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, § 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, embora a sanção imposta seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, em virtude da diversidade, natureza e quantidade da droga apreendida (1,5 kg de cocaína), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena reclusiva em regime diferente do fechado, tampouco sua substituição por medidas restritivas de direitos.**

3. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 254.368/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 25/04/2013)

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA.

1. O Supremo Tribunal Federal entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. **Em observância, todavia, ao art. 44, III, do Código Penal, diante da quantidade e diversidade da droga apreendida, não se mostra socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena.**

3. Eventual conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito consubstanciaria infringência ao princípio da proporcionalidade, em sua face que veda a proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados. No caso, a saúde pública.

4. Ordem denegada."

(HC 241.545/DF, Rel. Min. OG FERNANDES (1139) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 12/06/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 25/06/2012

Dessa forma, por estar o acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência dominante desta Corte Superior de Justiça acerca do tema, foi negado provimento ao recurso especial, nos termos da Súmula 568 deste Sodalício, que assim dispõe:

Súmula 568. O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0208344-1

AgRg no
REsp 1.618.966 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00373181720148240023 20150857890 20150857890000000 373181720148240023

EM MESA

JULGADO: 06/10/2016

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. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **MICHAEL JONI DA SILVA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
RECORRIDO : **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 : **MICHAEL JONI DA SILVA**
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 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.