



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.806.729 - SP (2019/0103073-7)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)  
AGRAVANTE : WELLINGTON MARTINS  
ADVOGADO : ORESTES MAZIEIRO - SP090426  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADULTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICO OU MEDICINAL. VIOLAÇÃO DE NORMAS FEDERAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FUNDAMENTO INATACADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. INVIABILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. ATENDIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS. CONCESSÃO. ADEQUAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

I - Na hipótese, a **quaestio** gira em torno de suposta **negativa de vigência** aos arts. 13 c/c art. 18, inc. I e 20, **caput**, 59, 68 c/c art. 273, § 1º-B, incisos I, III e V, § 2º, c/c art. 71, todos do Código Penal, por não haver a instância a **quo** reconhecido a atipicidade da conduta, incidência do erro de tipo na conduta do agravante, pedido de desclassificação para a forma culposa, aplicação da minorante do tráfico privilegiado com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II - As referidas **teses**, na forma como foram enfocadas no recurso especial, não foram ventiladas, de forma específica, nem ao menos implicitamente, na origem, não tendo havido oposição de embargos declaratórios para esta finalidade, para suprir tal omissão. Assim, carece a matéria do necessário **prequestionamento**, ficando esta Corte Superior impedida de apreciar tal questão, no recurso nobre, conforme dicção das **Súmulas n.ºs 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal**.

III - Em que pese a interposição de embargos pela defesa, cumpre ressaltar que *"entende esta Corte que o prequestionamento ficto é possível até mesmo na esfera penal, desde que no recurso especial tenha o recorrente apontado violação ao art. 619 do CPP (dispositivo do CPP correspondente ao art. 1.022 do CPC), a fim de permitir que o órgão julgador analise a (in)existência do vício assinalado e, acaso constatado, passe desde então ao exame da questão suscitada, suprimindo a instância inferior, se necessário, consoante preleciona o art. 1.025 do CPC. Precedentes."* (AgRg no REsp 1.669.113/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministro Nefi



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Cordeiro**, DJe 11/5/2018).

IV- Aplica-se o óbice previsto no enunciado n. 283 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal na hipótese em que o recorrente deixa de impugnar especificamente fundamento que, por si só, é suficiente para manter a decisão recorrida.

V- No presente caso, restou inatacado o fundamento da decisão agravada, suficiente por si só, de que *"Ademais, ainda que assim não fosse, a análise das teses quanto à suposta atipicidade da conduta, ocorrência de erro de tipo, bem como do pleito desclassificatório para a forma culposa estão preclusas, na medida em que por ocasião da impetração do HC nº 375.592/SP não foram devidamente impugnados fundamentos do primeiro acórdão que desproveu o apelo defensivo, mantendo integralmente a sentença condenatória, no que foi alterado pela concessão de ofício do referido writ em que foi determinada a revisão da dosimetria da pena, com aplicação do preceito secundário previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas"* o que atrai a incidência da Súmula 283/STF.

VI- Quanto a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, importa ressaltar que os requisitos dessa causa de diminuição de pena (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa. No caso dos autos, a Corte de origem entendeu pela impossibilidade de aplicação da benesse mediante fundamentos inidôneos, haja vista a primariedade do acusado, que não se dedica a atividades criminosas, como asseverado pelo acórdão recorrido, além de possuir bons antecedentes e não integrar organização criminosa, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

VII- Aplicada a minorante em seu patamar mediano, com redução da pena a **quantum** inferior a quatro anos, sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, deve ser fixado o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução.

Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, 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, conhecer parcialmente do agravo regimental e, nesta parte, dar provimento, 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.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Brasília (DF), 1º de outubro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo  
(Desembargador Convocado do TJ/PE)  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.806.729 - SP (2019/0103073-7)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)  
AGRAVANTE : WELLINGTON MARTINS  
ADVOGADO : ORESTES MAZIEIRO - SP090426  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE):** Trata-se de agravo regimental interposto por **WELLINGTON MARTINS** contra decisão da lavra do Exmo. Sr. Ministro **Felix Fischer** (fls. 825-842), pela qual se conheceu em parte do recurso especial e, na extensão conhecida, foi dado provimento, consoante a seguinte ementa:

*"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ADULTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICO OU MEDICINAL. VIOLAÇÃO DE NORMAS FEDERAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF REGIME INICIAL. ANÁLISE DO ARTIGO 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º, DO CÓDIGO PENAL. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTUM DE PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719/STF. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO"*

Nas razões deste recurso, a defesa busca a reconsideração da decisão agravada, ao argumento de que, ao contrário do asseverado pelo **decisum** vergastado, "temos que os r. acórdãos recorridos, notadamente, o r. acórdão de embargos de declaração enfrentou, decidiu e prequestionou, de forma explícita e incisiva, a matéria jurídica e de Direito, as questões jurídicas do recurso especial, o fazendo, todavia, de forma a contrariá-la e a negá-la em sua vigência" (fl. 853), quanto às supostas violações que não foram conhecidas pela decisão agravada.

Requer, de forma subsidiária, a concessão de **habeas corpus** de ofício a fim de que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas seja aplicada com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CP.

Por fim, pugna pela reconsideração da decisão agravada ou a submissão do recurso ao colegiado.

Por manter o **decisum**, trago o feito à julgamento da Turma.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.806.729 - SP (2019/0103073-7)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)  
AGRAVANTE : WELLINGTON MARTINS  
ADVOGADO : ORESTES MAZIEIRO - SP090426  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADULTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICO OU MEDICINAL. VIOLAÇÃO DE NORMAS FEDERAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FUNDAMENTO INATACADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. INVIABILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. ATENDIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS. CONCESSÃO. ADEQUAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

I - Na hipótese, a **quaestio** gira em torno de suposta **negativa de vigência** aos arts. 13 c/c art. 18, inc. I e 20, **caput**, 59, 68 c/c art. 273, § 1º-B, incisos I, III e V, § 2º, c/c art. 71, todos do Código Penal, por não haver a instância **a quo** reconhecido a atipicidade da conduta, incidência do erro de tipo na conduta do agravante, pedido de desclassificação para a forma culposa, aplicação da minorante do tráfico privilegiado com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II - As referidas **teses**, na forma como foram enfocadas no recurso especial, não foram ventiladas, de forma específica, nem ao menos implicitamente, na origem, não tendo havido oposição de embargos declaratórios para esta finalidade, para suprir tal omissão. Assim, carece a matéria do necessário **prequestionamento**, ficando esta Corte Superior



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impedida de apreciar tal questão, no recurso nobre, conforme dicção das **Súmulas n.ºs 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal**.

III - Em que pese a interposição de embargos pela defesa, cumpre ressaltar que *"entende esta Corte que o prequestionamento ficto é possível até mesmo na esfera penal, desde que no recurso especial tenha o recorrente apontado violação ao art. 619 do CPP (dispositivo do CPP correspondente ao art. 1.022 do CPC), a fim de permitir que o órgão julgador analise a (in)existência do vício assinalado e, acaso constatado, passe desde então ao exame da questão suscitada, suprimindo a instância inferior, se necessário, consoante preleciona o art. 1.025 do CPC. Precedentes."* (AgRg no REsp 1.669.113/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, DJe 11/5/2018).

IV- Aplica-se o óbice previsto no enunciado n. 283 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal na hipótese em que o recorrente deixa de impugnar especificamente fundamento que, por si só, é suficiente para manter a decisão recorrida.

V- No presente caso, restou inatacado o fundamento da decisão agravada, suficiente por si só, de que *"Ademais, ainda que assim não fosse, a análise das teses quanto à suposta atipicidade da conduta, ocorrência de erro de tipo, bem como do pleito desclassificatório para a forma culposa estão preclusas, na medida em que por ocasião da impetração do HC nº 375.592/SP não foram devidamente impugnados fundamentos do primeiro acórdão que desproveu o apelo defensivo, mantendo integralmente a sentença condenatória, no que foi alterado pela concessão de ofício do referido writ em que foi determinada a revisão da dosimetria da pena, com aplicação do preceito secundário previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas"* o que atrai a incidência da Súmula 283/STF.

VI- Quanto a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, importa ressaltar que os requisitos dessa causa de diminuição de pena (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso dos autos, a Corte de origem entendeu pela impossibilidade de aplicação da benesse mediante fundamentos inidôneos, haja vista a primariedade do acusado, que não se dedica a atividades criminosas, como asseverado pelo acórdão recorrido, além de possuir bons antecedentes e não integrar organização criminosa, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

VII- Aplicada a minorante em seu patamar mediano, com redução da pena a **quantum** inferior a quatro anos, sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, deve ser fixado o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução.

Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE):** Trata-se de agravo regimental interposto por **WELLINGTON MARTINS** contra decisão da lavra do Exmo. Sr. Ministro **Felix Fischer** (fls. 825-842), pela qual se conheceu em parte do recurso especial e, na extensão conhecida, foi dado provimento, consoante a seguinte ementa:

*"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ADULTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICO OU MEDICINAL. VIOLAÇÃO DE NORMAS FEDERAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF REGIME INICIAL. ANÁLISE DO ARTIGO 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º, DO CÓDIGO PENAL. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTUM DE PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719/STF. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO"*

Nas razões deste recurso, a defesa busca a reconsideração da decisão agravada, ao argumento de que, ao contrário do asseverado pelo **decisum** vergastado, "temos que os r. acórdãos recorridos, notadamente, o r. acórdão de embargos de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declaração enfrentou, decidiu e prequestionou, de forma explícita e incisiva, a matéria jurídica e de Direito, as questões jurídicas do recurso especial, o fazendo, todavia, de forma a contrariá-la e a negá-la em sua vigência" (fl. 853), quanto às supostas violações que não foram conhecidas pela decisão agravada.

Requer, de forma subsidiária, a concessão de **habeas corpus** de ofício a fim de que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas seja aplicada com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do CP.

Por fim, pugna pela reconsideração da decisão agravada ou a submissão do recurso ao colegiado.

Por manter o **decisum**, trago o feito à julgamento da Turma.

É o relatório.

**PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADULTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICO OU MEDICINAL. VIOLAÇÃO DE NORMAS FEDERAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FUNDAMENTO INATACADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. INVIABILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. ATENDIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS. CONCESSÃO. ADEQUAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.**

I - Na hipótese, a **quaestio** gira em torno de suposta **negativa de vigência** aos arts. 13 c/c art. 18, inc. I e 20, **caput**, 59, 68 c/c art. 273, § 1º-B, incisos I, III e V, § 2º, c/c art. 71, todos do Código Penal, por não haver a instância **a quo** reconhecido a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atipicidade da conduta, incidência do erro de tipo na conduta do agravante, pedido de desclassificação para a forma culposa, aplicação da minorante do tráfico privilegiado com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II - As referidas **teses**, na forma como foram enfocadas no recurso especial, não foram ventiladas, de forma específica, nem ao menos implicitamente, na origem, não tendo havido oposição de embargos declaratórios para esta finalidade, para suprir tal omissão. Assim, carece a matéria do necessário **prequestionamento**, ficando esta Corte Superior impedida de apreciar tal questão, no recurso nobre, conforme dicção das **Súmulas n.ºs 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal**.

III - Em que pese a interposição de embargos pela defesa, cumpre ressaltar que *"entende esta Corte que o prequestionamento ficto é possível até mesmo na esfera penal, desde que no recurso especial tenha o recorrente apontado violação ao art. 619 do CPP (dispositivo do CPP correspondente ao art. 1.022 do CPC), a fim de permitir que o órgão julgador analise a (in)existência do vício assinalado e, acaso constatado, passe desde então ao exame da questão suscitada, suprimindo a instância inferior, se necessário, consoante preleciona o art. 1.025 do CPC. Precedentes."* (AgRg no REsp 1.669.113/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, DJe 11/5/2018).

IV- Aplica-se o óbice previsto no enunciado n. 283 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal na hipótese em que o recorrente deixa de impugnar especificamente fundamento que, por si só, é suficiente para manter a decisão recorrida.

V- No presente caso, restou inatacado o fundamento da decisão agravada, suficiente por si só, de que *"Ademais, ainda que assim não fosse, a análise das teses quanto à suposta atipicidade da conduta, ocorrência de erro de tipo, bem como do pleito desclassificatório para a forma culposa estão preclusas, na medida em que por ocasião da impetração do HC nº 375.592/SP não foram devidamente impugnados fundamentos do primeiro acórdão que desproveu o apelo defensivo, mantendo*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*integralmente a sentença condenatória, no que foi alterado pela concessão de ofício do referido **writ** em que foi determinada a revisão da dosimetria da pena, com aplicação do preceito secundário previsto no art. 33, **caput**, da Lei de Drogas" o que atrai a incidência da Súmula 283/STF.*

VI- Quanto a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, importa ressaltar que os requisitos dessa causa de diminuição de pena (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa. No caso dos autos, a Corte de origem entendeu pela impossibilidade de aplicação da benesse mediante fundamentos inidôneos, haja vista a primariedade do acusado, que não se dedica a atividades criminosas, como asseverado pelo acórdão recorrido, além de possuir bons antecedentes e não integrar organização criminosa, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

VII- Aplicada a minorante em seu patamar mediano, com redução da pena a **quantum** inferior a quatro anos, sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, deve ser fixado o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução.

Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

A irrisignação deve prosperar de forma parcial.

Consta dos autos que o recorrente **Wellington** foi condenado à pena de **13 (treze) anos, 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias de reclusão**, em regime inicialmente **fechado**, além de 13 (treze) dias-multa, pela prática do delito de distribuição de produto de procedência ignorada sem registro em órgão de vigilância sanitária, tipificado no art. 273, § 1º-B, incisos I, III e V, por 3 (três) vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal.

A Defesa interpôs apelação, a qual, por unanimidade, o eg. Tribunal a **quo** negou provimento.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foi impetrado **habeas corpus** em favor do insurgente, o qual não foi conhecido, mas, de ofício, a ordem foi concedida para determinação de realização de nova dosimetria da pena, com aplicação do preceito secundário do tipo previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

Em segunda instância, após concessão de ofício de **habeas corpus** por esta Corte Superior, o eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao apelo da defesa, para redimensionar a pena para **6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão**, em regime **fechado**, além de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

No recurso especial, em face do último acórdão, apontou-se a violação aos seguintes dispositivos de lei federal:

**i)** aos arts. 13 c/c art. 18, inc. I e 20, **caput**, 33, § 2º, alínea **b**, 59, 68 c/c art. 273, § 1º-B, incisos I, III e V, § 2º, c/c art. 71, todos do Código Penal, ao argumento de que o v. acórdão recorrido carece de fundamentação idônea para a manutenção do édito condenatório, que deve ser cassado em face da atipicidade da conduta do recorrente, incidência do erro de tipo na conduta do recorrente, bem como em virtude da inidoneidade dos fundamentos invocados pelo acórdão recorrido quanto à dosimetria da pena e manutenção do regime mais gravoso.

**ii)** aos arts. 33, **caput** e § 4º, 42, ambos da Lei nº 11.343/2006 c/c arts. 44 e 334, ambos do Código Penal, com a alegação de que a pena do recorrente, em caso de manutenção da condenação, deve ser redimensionada na forma das normas supostamente violadas, com aplicação da minorante em seu patamar máximo, fixação de regime menos gravoso e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Na decisão agravada, conheci em parte do recurso especial e, na parte conhecida, dei-lhe provimento, apenas para fixar o regime **semiaberto**, haja vista a inexistência de prequestionamento das teses defensivas quanto à suposta violação aos artigos arts. 13 c/c art. 18, inc. I e 20, **caput**, 33, § 2º, alínea **b**, 59, 68 c/c art. 273, § 1º-B, incisos I, III e V, § 2º, c/c art. 71, todos do Código Penal, na forma como foi posta no apelo raro, além da preclusão da matéria, senão vejamos.

O eg. Tribunal **a quo** assim se manifestou sobre o ponto (fls. 532-538):



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Ao relatório da r. sentença (fls. 151 156) prolatada pelo MM Juiz de Direito Dr. Djalma Moreira Gomes Júnior, que fica fazendo parte integrante deste, acrescenta-se que WELLINGTON MARTINS foi condenado, por incurso - por duas vezes - no artigo 273, § 1º-B, incisos I, m e V, c.c. o artigo 71, do Código Penal, às penas de 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais o pagamento de 13 dias-multa, facultando-se a ele o direito a recorrer em liberdade.

Apelou a Defesa, sustentando de início a atipicidade das condutas descritas na denúncia diante da falta de demonstração da materialidade delitiva e acrescentando depois que o consumo pessoal de substância anabolizante não constitui ilícito penal, caracterizado ainda o erro de tipo. Postulou assim a absolvição e deduziu pleitos de desclassificação para a forma culposa e de redimensionamento da pena em razão de evidente desproporcionalidade, com a utilização dos tipos penais do artigo 33 da Lei de Drogas ou do artigo 334 do Código Penal (fls. 266/281).

**Esta e. Câmara Criminal conheceu do recurso e, afastando as matérias preliminares arguidas, negou provimento ao apelo**, à unanimidade para manter a r. sentença recorrida, nos termos do acórdão de fls. 359/371, contra o qual foram opostos embargos de declaração, todavia rejeitados (v. fls. 391-398).

Com arrimo nos artigos 102, inciso III, alínea "a", e 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, interpôs a Defesa recursos especial e extraordinário (fls. 401/421 e 422/443), regularmente processados, mas admitindo-se tão somente o primeiro pela e. Presidência da Seção Criminal (fls. 469 472).

**Sem embargo disso, no julgamento do Habeas Corpus nº 375.592/SP impetrado em favor do réu, o e. Superior Tribunal de Justiça não conheceu do writ mas concedeu a ordem ex officio para determinar a esta Corte de Justiça a realização de nova dosagem da pena com aplicação do preceito secundário do tipo previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 (fl. 477).**

Destarte, **procede-se ao refazimento da dosagem das penas, para o que se impõe breve digressão.**

Como se vê dos autos, a acusação contra o réu Wellington foi a de que no estabelecimento denominado "Arena Fitness" teria ele mantido em depósito, exposto à venda, distribuir e entregar a terceiros, vendendo reiteradamente produtos sem registro no órgão de vigilância sanitária competente ou sem as características de identidade e qualidade admitidas para a comercialização, dentre os quais esteróides anabolizantes derivados da testosterona.

A tipificação legal da denúncia foi a do artigo 273, § Iº- B, do Código Penal, na redação da Lei nº 9.677, de 1998, valendo trazer à colação o referido dispositivo:

[...]

Bem expostos os fatos e as suas circunstâncias, descritas as condutas do acusado para tipificá-las depois, a permitir inclusive o exercício da defesa, cumpre ver que sem embargo dos posicionamentos em sentido contrário, a c. Suprema Corte tem rejeitado, por mais de uma vez, a alegação de inconstitucionalidade do tipo legal e seus incisos, por não vislumbrar afronta aos princípios constitucionais da proporcionalidade, ofensibilidade e razoabilidade (AgReg. No RE nº 848.324/SP, rel. Min. Roberto Barroso,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

j. em 17.3.2015; AgReg no RE 829.226 SP, rel. Min. Luiz Fux, j. em 10.2.2015; HC nº 119.600 SP, rel. Min<sup>a</sup>. Cármen Lúcia, j. em 29.10.2013; AgReg no ARE nº 829.491 DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.10.2014).

*E com efeito, pois ainda que sob o pretexto de ofensa aos princípios da igualdade e da proporcionalidade (CF, art. 5º, caput) não pode o Judiciário exercer juízo de valor sobre o quantum da sanção penal estipulada no preceito secundário, sob pena de usurpação da atividade legiferante e, por via de consequência, incorrer em violação ao princípio da separação dos poderes (RE nº 358.315. MG, rel. Min<sup>a</sup> Ellen Gracie, DJ 19.9.2003). Havendo decisões no mesmo sentido por parte deste e. Tribunal de Justiça (Apel. nº 0038818-75.2011.8.26.0506, rel. Sérgio Coelho, j. em 31.8.2017: Apel. nº 0018186-34.2014.8.26.0664, rel. Camilo Lélis. j. em 18.10.2016: Apel. nº 990.09.149178-0, rel. Luis Soares de Mello, j. em 1.6.2010).*

*Não se olvidando, por outro lado, que o e. Órgão Especial desta Corte reconheceu recentemente, por maioria de votos, a desproporcionalidade do preceito secundário do referido dispositivo legal e declarou incidentalmente a sua inconstitucionalidade (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0052451-46.2016.S.26.0000, rel. designado Des. Márcio Bartoli, j. em 28.6.2017).*

*No caso, em obediência ao sistema trifásico (art. 68 do CP), o MM Juiz fixou a pena base no mínimo com atenção às circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal, e aplicando-se o regramento do artigo 33 da Lei de Drogas, ausente irresignação ministerial, as reprimendas hão de partir, na primeira fase da dosagem, de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa.*

*À falta de agravantes e sendo inadmissível que a parcial e relutante admissão dos fatos pelo réu pudesse beneficiá-lo mais - inexistindo previsão legal sobre redução das penas abaixo do mínimo legal por conta de atenuantes e lembrada a pacificada jurisprudência (Súmula 231 do STJ), as penas ficaram mantidas, e aplicando-se o regramento do artigo 71 do Código Penal na fração de 1/3 (um terço) diante da continuidade delitiva, sendo três os crimes, torna-se definitiva a sanção penal em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, além de 666 dias-multa, a reputar-se como adequadas na hipótese para o alcance de suas finalidades repressiva, preventiva e de ressocialização.*

*O regime inicial de cumprimento escolhido foi o fechado, observando-se o quantum das penas e a hediondez do crime (art. 1º, VII-B da Lei 8.072/90), não se podendo olvidar a gravidade em concreto da conduta e os sérios transtornos à saúde causados pelo consumo dos produtos em questão. Sendo admissível de resto a estipulação de regime inicial mais gravoso na presença de dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime, ainda que seja o agente primário e o quantum da pena seja inferior a oito anos.*

*A substituição da pena se mostra descabida diante da reprimenda imposta, e por derradeiro, há ressaltar que ao réu facultou-se o direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso"*

Por sua vez, ao rejeitar os embargos opostos pela defesa, a Corte de origem



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

invocou os seguintes fundamentos, **in verbis** (fls. 577-583):

*"Pesem os respeitáveis argumentos deduzidos, os embargos não merecem acolhida, não se vislumbrando a ocorrência dos vícios ensejadores e anotada a absoluta excepcionalidade de atribuição de efeitos modificativos sob pena de desvirtuamento da função integrativa do recurso (ED no AgReg no REsp nº 1.552.550/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 9.8.2016; ED no REsp nº 1.209.886/DF, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 6.12.2016; ED no AgReg no REsp nº 1.459.931/AL, rei. Min. Humberto Martins, j. em 16.4.2015). Cumprindo, não obstante, fazer breve relato.*

*O ora embargante foi condenado, por incurso no artigo 273, § 1º-B, incisos I, III e V, c.c. o artigo 71, do Código Penal, às penas de 13 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais o pagamento de 13 dias-multa, facultando-se a ele o direito a recorrer em liberdade (v. sentença -fls. 151/156).*

*A Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual esta e. Câmara Criminal negou provimento, nos termos do acórdão de fls. 359/371, rejeitando depois os embargos de declaração manejados (v. fls. 391/398).*

*Todavia, anotando-se a admissão de recurso especial interposto contra o julgado (fls. 469/472), é certo que no julgamento do Habeas Corpus nº 375.592/SP impetrado em favor do réu, o e. Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem ex officio para determinar a esta Corte de Justiça o refazimento da dosagem das penas com aplicação do preceito secundário do tipo previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 (fl. 477), por isso que proferido o acórdão ora embargado.*

*De início, a Turma Julgadora observou a tipificação legal da denúncia e a absoluta impropriedade do Poder Judiciário, ainda que sob pretexto de ofensa aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, exercitar juízos de valor sobre o quantum da sanção penal estipulada no preceito secundário, **sob pena de usurpação da atividade legiferante e, por via de consequência, incorrer em violação ao princípio da separação dos poderes** (grifo nosso) (RE nº 358.315/MG, rei. Min<sup>a</sup>. Elien Gracie, DJ 19.9.2003), sendo esse entendimento reiterado (RE nº 443.388/SP, Rei. Min. Ellen Gracie, DJe 11.9.2009), inclusive como já decidido neste e. Tribunal de Justiça (Apel. nº 0038818-75.2011.8.26.0506, rei. Sérgio Coelho, j. em 31.8.2017; Apel. nº 0018186-34.2014.8.26.0664, rei. Camilo Léllis, j. em 18.10.2016; Apel. nº 990.09.149178-0, rei. Luis Soares de Mello, j. em 1.6.2010).*

*Depois, no estrito cumprimento à determinação do Superior Tribunal e aplicando o regramento do artigo 33 da Lei de Drogas, o acórdão consignou em seguida que em obediência ao sistema trifásico (art. 68 do CP), o MM Juiz havia fixado a pena-base do delito no piso diante das circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal, por isso que as reprimendas haveriam de partir, na primeira fase da dosagem, de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa (v. fl. 509).*

*Depois, porque inexistiam agravantes e porque a eventual presença de atenuante não poderia reduzir ainda mais as penas, inexistindo previsão legal a respeito e lembrada a pacificada jurisprudência (Súmula 231 do STJ), as reprimendas foram mantidas na segunda fase, exatamente como se procedeu na sentença condenatória.*

*E sendo cometidos três ilícitos - praticados em datas diversas, como*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

explicitado na denúncia e consignado na r. sentença, porque além de manter em depósito produtos sem registro, os vendeu a terceira pessoa por duas vezes distintas, aplicou-se licitamente o regramento da continuidade delitiva para fazer incidir majoração, tornada definitiva a sanção penal em 6 anos e 8 meses de reclusão além de 666 dias-multa, adequada, evidentemente, para o alcance de suas finalidades (fls. 509 e 510).

**Ora, o reconhecimento de crime único era aqui inadmissível, ainda que não fosse por constituir-se em inovação da matéria recursal, pois é bastante evidente que ao contrário do alegado nas razões de embargos, o fato de aplicar-se o preceito secundário do artigo 33 da Lei de Drogas não resulta, por si, em equiparação da conduta do agente ao tráfico de drogas.**

Também se afigura descabido, aqui, o pleito de incidência da causa de redução prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, sem embargo da primariedade do agente e da ausência de demonstração cabal de que estivesse ele envolvido com a criminalidade.

Em verdade, a benesse tem natureza excepcional e assim deve ser tratada, não sendo demasiado lembrar que o dispositivo legal em apreço faculta (grifo nosso) ao Magistrado - sem obrigar - a sua concessão, estando livre ele ainda para estabelecê-lo no patamar que entender adequado diante da análise do caso concreto, respeitando-se o princípio da individualização da pena, como já se decidiu (HC nº 99.440/SP, rei. Min. Joaquim Barbosa, j. em 16.5.2011; HC 286.605/RS, rei. Min. Maria Thereza Assis Moura, j. em 3.6.2014).

Ademais, como já se destacou acima, o ora embargante não cometeu o delito por apenas uma vez, mas de maneira reiterada, continuada, não sendo ele neófito na prática mas a exercendo de maneira organizada, mantendo até mesmo um estabelecimento no qual armazenava e mantinha os produtos que vendeu, ressalte-se, por mais de uma vez.

Assim, a sanção imposta afigurou-se bem dosada com observância do regramento aplicável (art. 68 do CP), acertada ainda a escolha do regime inicial de cumprimento, como se consignou no acórdão embargado, não apenas em razão da quantidade da pena mas também por conta da gravidade em concreto da conduta, lembrados os sérios transtornos à saúde causados pelo consumo dos produtos em questão, na hipótese.

Por derradeiro, a Turma Julgadora consignou como não recomendável a benesse da substituição da pena, lembrando-se o disposto no artigo 44, incisos 1 e III, do Código Penal. Com o registro ainda de que o pleito de expedição de alvará de soltura, arrimando-se em alegado direito à progressão de regime, há de ser pleiteado junto à autoridade competente, vale dizer, o MM Juízo das Execuções, e qualquer deliberação a respeito, aqui, ensejaria indesejável supressão e instância.

Enfim, evidente que efetuar nova dosagem da pena - apenas e tão somente em cumprimento a determinação do e. Tribunal Superior, o acórdão embargado apresentou fundamentação suficiente, não se podendo olvidar que a Constituição exige, no seu artigo 93, inciso IX, é que a decisão judicial seja fundamentada, e não que a fundamentação seja exaustiva; exige-se que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convencimento, pois uma decisão com motivação sucinta é, sim, decisão motivada (AgReg no AI nº 816.457/MT, rei. Min<sup>a</sup> Ellen Gracie, j. em 14.12.2010).

Por isso que, data venia, não incorreu a Turma Julgadora em qualquer omissão, bem explicitadas as razões de convencimento, sem afronta, violação ou negativa de vigência a qualquer dispositivo legal ou constitucional.

Em verdade, omissão não é toda aquela que entender o embargante, mas sim a que resultasse do próprio julgamento quando não houvesse apreciação das teses recursais ou da matéria devolvida, a revelar-se prejudicial à compreensão da causa e do decidido.

Nem se poderia apontar contradição, no caso, porque tal eiva não resulta de confronto do acórdão com a tese recursal ou com os elementos probatórios, tampouco com a legislação. O referido vício ensejador dos embargos declaratórios haveria de se constatar internamente, entre as proposições do acórdão, ou entre as suas premissas e as suas conclusões, quando elas se mostrassem inconciliáveis entre si (ED no REsp nº 1.441.226/RS, rei. Min. Sérgio Kukina, j. em 4.2.2016). E isto não se viu na hipótese.

Tampouco se caracterizou aqui alguma decisão em contrariedade a entendimento sumulado, para cuja alegação, aliás, nem se prestariam os embargos declaratórios, notadamente inservíveis para uniformização de jurisprudência (ED no REsp 1.290.073/ES, rei. Min<sup>a</sup> Laurita Vaz, j. em 18.6.2014).

Ora, o embargante reputa o acórdão como omissos e contraditórios porque não teria, em suma, efetuado o refazimento da dosagem da pena da forma correta; mas como já se consignou, foram explicitadas as razões de decidir e a Turma Julgadora não deixou de examinar toda a matéria devolvida pela determinação do e. Tribunal Superior.

Não custa lembrar que o fato de o Tribunal haver decidido a lide de forma contrária à defendida pelo recorrente, "ainda que por fundamentos diversos daqueles propostos, não configura omissão ou qualquer outra causa passível de exame mediante a oposição de embargos declaratórios.

O arrazoado recursal, portanto, revela intuito infringente, de reanálise de matéria e de reapreciação do julgado. Mas isso não se admite, cabendo aqui lição de Pontes de Miranda no sentido de que nos embargos declaratórios "o que se pede é para que se declare o que foi decidido, porque o meio empregado para exprimi-lo é deficiente ou impróprio. Não se pede que se redecida; pede-se que se reexprima" (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Ed. Forense, Tomo VII, pág. 400).

De resto, os embargos declaratórios, ainda que manejados para fins de prequestionamento, apenas são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade (ED no AgReg no REsp nº 1.313.329/RJ, rei. Min. Benedito Gonçalves, i. em 3.6.2014). Vale dizer, mesmo quando os embargos declaratórios são utilizados apenas com propósito de prequestionamento, devem atender aos requisitos dos artigos 619 e 620 do Código de Processo Penal, o que não se deu no caso.

Diante do exposto, FICAM REJEITADOS os embargos de declaração"



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como já asseverado no **decisum vergastado**, as insurgências da defesa quanto à suposta violação aos arts. 13 c/c art. 18, inc. I e 20, **caput**, 59, 68 c/c art. 273, § 1º-B, incisos I, III e V, § 2º, c/c art. 71, todos do Código Penal não foram objeto de análise pela Corte de origem, o que impede o conhecimento por este Tribunal Superior, dada a ausência do indispensável prequestionamento da matéria.

Isso porque a ausência de análise, pelo acórdão recorrido, das referidas alegações defensivas, enseja a oposição de embargos de declaração para sanar a omissão e viabilizar o necessário debate sobre a matéria.

Contudo, a defesa não atuou de forma a viabilizar o conhecimento do recurso especial, acarretando a incidência dos óbices contido na Súmulas 282 e 356, ambas do Supremo Tribunal Federal, respectivamente: *"É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"*; *"O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento"*.

Nesse sentido:

**"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33 § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E N. 356 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

1. A questão quanto à minorante da Lei Antidrogas não foi objeto de debate e discussão pelo Tribunal a quo em sede de apelação. Carece, assim, o tópico do adequado e indispensável prequestionamento, motivo pelo qual incidentes, por analogia, as Súmulas n. 282 e 356/STF.

*Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n. 1.006.738/BA, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Pacionik, DJe de 28/4/2017).*

**"RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DO RÉU. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DISSÍDIO PRETORIANO. COTEJO ANALÍTICO. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULAS N. 282 E 356, AMBAS DO STF. RECURSO ESPECIAL DO**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NÃO CONHECIDO E AGRAVO DO RÉU CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

[...]

9. Conforme reiterada jurisprudência do STJ, para o atendimento do requisito do prequestionamento, é necessário que a questão haja sido objeto de debate pelo Tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca do dispositivo legal apontado como violado, o que, como visto, não foi oportunizado na espécie, pois sequer alegado pelo ora agravante em suas pretéritas irresignações.

10. No caso, apesar de a defesa ter apelado quanto à violação dos arts. 59, 61, II, "f", 68 e 141, III, do Código Penal, a insurgência não foi analisada pelo Tribunal de origem nem a defesa opôs embargos de declaração. Incidem, portanto, neste ponto, os óbices das Súmulas n. 282 e 356, ambas do STF, in verbis: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada" e "O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

11. Ante o esgotamento das instâncias ordinárias, de acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática de repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

12. Recurso especial do Ministério Público Federal não conhecido e agravo do réu conhecido a fim de não conhecer do recurso especial, com determinação de envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para imediata execução da pena imposta, salvo se o recorrido já cumpriu a reprimenda." (REsp 1557261/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 1/8/2017)

Ressalte-se, como dito, que, em que pese a interposição de embargos de declaração pela defesa, a Corte de origem não se pronunciou quanto às alegações postas no apelo nobre, o que deveria levar a interposição de novos embargos ou indicação de malferimento no recurso especial ao art. 619 do CPP, ônus do qual não se desincumbiu a combativa defesa.

Com efeito, "Entende esta Corte que o prequestionamento ficto é possível



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*até mesmo na esfera penal, desde que no recurso especial tenha o recorrente apontado violação ao art. 619 do CPP (dispositivo do CPP correspondente ao art. 1.022 do CPC), a fim de permitir que o órgão julgador analise a (in)existência do vício assinalado e, acaso constatado, passe desde então ao exame da questão suscitada, suprimindo a instância inferior, se necessário, consoante preleciona o art. 1.025 do CPC. Precedentes."* (AgRg no REsp 1.669.113/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, DJe 11/5/2018).

Ademais, ainda que assim não fosse, a análise das teses quanto à suposta atipicidade da conduta, ocorrência de erro de tipo, bem como do pleito desclassificatório para a forma culposa estão preclusas, na medida em que por ocasião da impetração do HC nº 375.592/SP não foram devidamente impugnados fundamentos do primeiro acórdão que desproveu o apelo defensivo, mantendo integralmente a sentença condenatória, no que foi alterado pela concessão de ofício do referido **writ** em que foi determinada a revisão da dosimetria da pena, com aplicação do preceito secundário previsto no art. 33, **caput**, da Lei de Drogas sendo que certo que este fundamento, suficiente por si só para a manutenção do **decisum** vergastado, sequer foi impugnado no presente inconformismo, o que atrai a aplicação analógica da Súmula 283/STF que preceitua: "*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*".

Nesse sentido, cito os vv. acórdãos desta Corte:

**"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE FUNDAMENTO SUFICIENTE DA DECISÃO RECORRIDA. SÚMULA N. 283 DO STF. ROUBO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LATROCÍNIO TENTADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ.**

**1. Em observância ao princípio da dialeticidade recursal, é dever do recorrente impugnar todos os fundamentos que sejam, por si sós, suficientes para manter a decisão recorrida, sob pena de incidência da Súmula 283 do STF.**

**2. Com base nas provas coligidas aos autos, o Tribunal de origem concluiu pela inexistência do animus necandi, de modo que rever tal entendimento demandaria a inevitável incursão no acervo fático-probatório, o que se sabe inviável em sede especial, conforme**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dispõe a Súmula n. 7 do STJ.

3. *Agravo regimental desprovido*" (AgRg no REsp n. 1.675.268/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 22/9/2017).

**"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 271 E 598, AMBOS DO CPP. (I) - TESES JURÍDICAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. (II) - ARGUMENTAÇÃO NÃO REFUTADA. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. (III) - ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. (IV) - JULGADO ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS ELES. SÚMULA 283/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

1. Para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal, situação essa incorrente in casu. (AgRg no AREsp 454.427/SP, Rel. Min. **LUIS FELIPE SALOMÃO**, QUARTA TURMA, DJe 19/02/2015)

2. Se o recorrente não refuta devidamente os fundamentos utilizados pelo aresto recorrido, aplica-se no caso o disposto na Súmula 284/STF, ante a deficiência na fundamentação do recurso especial.

3. "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário" (Súmula 126/STJ).

4. **Verificando-se que o v. acórdão recorrido assentou seu entendimento em mais de um fundamento suficiente para manter o julgado, enquanto o recurso especial não abrangeu todos eles, aplica-se, na espécie, o enunciado 283 da Súmula do STF.**

5. *Agravo regimental a que se nega provimento*" (AgRg no AREsp n. 1.083.072/RJ, **Sexta Turma**, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 14/8/2017).

Por outro lado, após análise mais detida dos autos, verifico que merece acolhimento da pretensão defensiva quanto à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, senão vejamos.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal **a quo** indeferiu o pleito com os seguintes fundamentos, **verbis** (fl. 580):

***"Também se afigura descabido, aqui, o pleito de incidência da causa de redução prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, sem embargo da primariedade do agente e da ausência de demonstração cabal de que estivesse ele envolvido com a criminalidade.***

*Em verdade, a benesse tem natureza excepcional e assim deve ser tratada, não sendo demasiado lembrar que o dispositivo legal em apreço faculta (grifo nosso) ao Magistrado - sem obrigar - a sua concessão, estando livre ele ainda para estabelecê-lo no patamar que entender adequado diante da análise do caso concreto, respeitando-se o princípio da individualização da pena, como já se decidiu (HC nº 99.440/SP, rei. Min. Joaquim Barbosa, j. em 16.5.2011; HC 286.605/RS, rei. Min. Maria Thereza Assis Moura, j. em 3.6.2014).*

***Ademais, como já se destacou acima, o ora embargante não cometeu o delito por apenas uma vez, mas de maneira reiterada, continuada, não sendo ele neófito na prática mas a exercendo de maneira organizada, mantendo até mesmo um estabelecimento no qual armazenava e mantinha os produtos que vendeu, ressalte-se, por mais de uma vez"***

Da análise do excerto colacionado, verifico que a Corte de origem entendeu pela impossibilidade de aplicação da benesse mediante fundamentos inidôneos, haja vista a primariedade do acusado, que não se dedica a atividades criminosas, como asseverado pelo acórdão recorrido, além de possuir bons antecedentes e não integrar organização criminosa, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Sobre o tema, importa ressaltar que os requisitos dessa causa de diminuição de pena (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles implica o afastamento da minorante.

Nesse sentido:

***"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO E SUBSTITUIÇÃO. HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTO INIDÔNEO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]*

2. *Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.*

3. *No caso, preenchidos os pressupostos para aplicação da benesse, necessário o redimensionamento da pena nos termos do supracitado artigo. Contudo, em razão da variedade das drogas - 9,5g de cocaína e 9g de maconha -, não deve ser aplicada a redutora no patamar máximo. Precedentes.*

*[...]*

7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais" (HC n. 309.230/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2016).*

Ressalte-se que a alegação de que o agravante teria cometido o ilícito de forma reiterada não tem o condão de afastar a benesse legal, na medida em que o próprio Tribunal **a quo**, analisando as provas dos autos, asseverou que **"sem embargo da primariedade do agente e da ausência de demonstração cabal de que estivesse ele envolvido com a criminalidade"** (fl. 580).

Outrossim, por ocasião da concessão do **habeas corpus 375.592/SP**, esta Corte Superior aplicou o entendimento prolatado por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no HC nº 239.363/PR, que considerou a pena do art. 273, § 1º-B, do CP inconstitucional por ferir os princípios da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos, determinando a aplicação do preceito secundário previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que estabelece a pena de 5 a 15 anos, sendo possível ainda o reconhecimento do tráfico privilegiado.

Eis a ementa do julgado:

**"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.

3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.

4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública.

5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.

6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma. "(AI no HC n. 239.363/PR, **Corte Especial**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 10/4/2015).

Naquela oportunidade, foi dito no voto-condutor do acórdão, que foi acompanhado integralmente por este subscritor, que "devemos ficar adstritos ao preceito secundário da norma e, considerando-o inconstitucional, no caso concreto será aplicada a pena prevista no art. 33 da Lei de Drogas, **com possibilidade até de incidência do respectivo § 4º**".

No mesmo sentido:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal é analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

CORRUPÇÃO ATIVA, FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS, CRIME AMBIENTAL E QUADRILHA. MENÇÃO NA SENTENÇA E NO ACÓRDÃO IMPUGNADO À EXISTÊNCIA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EXPRESSÃO UTILIZADA COMO REFERÊNCIA À ORGANIZAÇÃO OU GRUPO CRIMINOSO DESCRITO NA DENÚNCIA. TERMO NÃO EMPREGADO PARA DEFINIR O DELITO INTRODUZIDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PELA LEI 12.850/2013. JULGAMENTO ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA.

1. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal. 2. Na espécie, da leitura da denúncia, da sentença condenatória e do acórdão que a confirmou, verifica-se que em momento algum os pacientes foram acusados de praticar o crime de organização criminosa, mas sim o de quadrilha.

3. O fato de as instâncias de origem se referirem ao grupo como "organização criminosa" não significa que tenham imputado aos réus crime que não estava previsto no ordenamento jurídico pátrio à época dos fatos, mas apenas que a expressão foi empregada como sinônima de quadrilha, o que se justifica inclusive pelo fato de que, atualmente, o tipo do artigo 288 do Estatuto Repressivo é denominado de associação criminosa, o que afasta a coação ilegal suscitada na impetração.

INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA PENA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006.

1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

239.363/PR, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, do Código Penal, autorizando a aplicação analógica das penas previstas para o crime de tráfico de drogas.

2. Analisando o referido julgado, esta colenda Quinta Turma firmou o entendimento de que, diante da ausência de ressalva em sentido contrário, é possível a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 no cálculo da pena dos condenados pelo delito previsto no artigo 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo. Precedentes.

**MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO.**

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que a instância de origem concluiu, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, que os réus se dedicavam à prática de ilícitos. Precedentes.

3. Para afastar a conclusão a que chegou a autoridade impetrada e concluir que os acusados não se dedicavam a atividades delituosas, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada na via eleita. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 488.299/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 28/3/2019).

**"RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS SEM REGISTRO. ARTIGO 273, § 1º E § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. CAPITULAÇÃO LEGAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRABANDO. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE.**

1. A conduta de introduzir no país produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais sem registro no órgão de vigilância sanitária competente ou de procedência ignorada, se subsume ao delito do artigo 273, §§ 1º, 1º-B, I e V, do Código Penal, não cabendo desclassificação para o delito de contrabando, em obediência ao Princípio da Especialidade.

2. O tipo que prevê a figura do contrabando ("Importar ou exportar mercadoria proibida", hoje tipificado no artigo 334-A do Código Penal) traz previsão genérica, em detrimento da caracterização do tipo penal específico do art. 273, §§ 1º e 1º-B, I, do Código Penal que, na modalidade "importar", assemelha-se à trazida pelo crime de contrabando. Todavia, o tipo penal inscrito naqueles primeiros dispositivos



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*refere-se a uma mercadoria específica: o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais proibido em território nacional, tratando-se, portanto, da proteção de um bem jurídico distinto.*

*3. Caso em que foram apreendidos medicamentos de uso proibido no Brasil: 6 cartelas de comprimidos RHEUMAZIN FORTE, com 10 unidades cada e 5 cartelas de comprimido PRAMIL, com 20 unidades cada cartela.*

*4. Considerando se tratar de importação de medicamentos proibidos no Brasil, a conduta descrita na exordial acusatória, de fato, se subsume ao tipo previsto no artigo 273, §§ 1º, 1º-B, I e V, do CP.*

*5. Classificação operada pelas instâncias ordinárias que se deu com base no conjunto de fatos e provas, o qual indicou a quantidade de produtos apreendidos e considerou se tratar de importação irregular de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, de acordo com o tipo penal descrito na denúncia.*

*6. A revisão do entendimento estabelecido na instância de origem a fim de enquadrar a ação delitiva de acordo com a prevista no art. 334-A do Código Penal implicaria no reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via eleita, em face do óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.*

**INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ARTIGO 273, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA PENA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE.**

*1. Hipótese em que a Corte a quo, analisando a aplicação da reprimenda, e compreendendo que a pena prevista para o crime do artigo 273 do Código Penal é bastante alta - de 10 a 15 anos de reclusão -, entendeu pela aplicação da sanção prevista para o crime de tráfico de drogas - que varia de 5 a 15 anos -, afastando a possibilidade de incidência do redutor de pena previsto para o tráfico privilegiado.*

*2. A Corte Especial deste Tribunal, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363/PR, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, do Código Penal, autorizando a aplicação analógica das penas previstas para o crime de tráfico de drogas, sem vedar expressamente a incidência da minorante do § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006. Precedentes.*

*3. Recurso parcialmente provido" (REsp n. 1.728.166/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 19/9/2018).*

Dessarte, reconhecida a possibilidade de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto o agravante preenche todos os requisitos legais, eis que é



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primário, com bons antecedentes, não se dedicando a atividades criminosas ou integrando organização criminosa, passo à análise da fração a ser aplicada.

Cumprido registrar que o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 dispõe que *"as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, (...) desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa"*.

Nesse diapasão, cumpre asseverar o entendimento desta Corte no sentido de que *"Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes"* (AgRg no REsp 1708543/PA, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, DJe 15/6/2018).

Assim, verifico que a quantidade e diversidade dos produtos apreendidos impede a fixação do patamar máximo da benesse pelo que aplico a fração de 1/2 (metade) uma vez que, consoante a exordial acusatória, foram apreendidos em poder do agravante *"frascos e ampolas de esteróides anabolizantes ("estanozolol") e do hormônio masculino testosterona, a seguir descritos: Pré Black 240g (uma unidade), Isolate Whey (uma unidade), Elite Whey Protein (uma unidade), Nitro Tech (uma unidade), MP - Combat (uma unidade), Lipo 6 Black (três unidades), Vapor Nano Muscletech (uma unidade), Crea Energy 1kg DNA (uma unidade), Animal Nitro (uma unidade), í.M.R. Vortex (uma unidade), C\$ Extreme - Cellucor (uma unidade), Supplement Facts - MP - Creatine (uma unidade), Supplement Facts - MP (uma unidade), Assault 3 - 3 (uma unidade), Dymatize Nutrition - BCAA (uma unidade), Dymatize Nutrition - Creatine (uma unidade), Supplement Facts Animal Pak (três unidades), Supplement Facts Mega - Size BCAA (cinco unidades), Supplement Facts Universal Creatine (cinco unidades), Supplement Facts Universal BCAA Pro (oito unidades), Sianozoland Depot 50mg (uma unidade), Decaland - Depot 200mg (uma unidade), Desoxicolato de Sódio 150mg (uma unidade), Stanozololand Depot 50mg/ml (uma unidade), Duratestoland - Sales de testosterona 250mg (duas unidades), Ampolas 1 ml - Testosterona 250 mg (doze unidades), Bula -*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Sales de testosterona (dez unidades), Supplement Facts Carnivor (uma unidade), Animal Stak (uma unidade), conforme auto de exibição e apreensão de fls.17/25" (fl. 3).*

Haja vista que a pena fixada pelo acórdão recorrido restou fixada em **6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, além de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa**, diante da concessão da benesse legal prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, resta a pena definitiva a ser cumprida pelo agravante em **3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa**.

Quanto ao regime inicial, em que pese a substituição do regime mais gravoso pelo intermediário na decisão agravada, tenho que diante deste novo cenário deve ser fixado o regime **aberto**.

Com efeito, é sabido que o col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33 e do art. 59, ambos do Código Penal, bem como as Súmulas 440 deste eg. STJ e 718 e 719 do col. STF.

**Logo**, a fixação do regime inicial deve se dar nos termos do art. 33 §§ 2º e 3º do Código Penal. Dessarte, na espécie, **deve o agravante iniciar o cumprimento da pena em regime aberto**, porquanto preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a **ausência de reincidência**, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a **completa inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

A propósito:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REDUTOR APLICADO NO PATAMAR MÁXIMO. SUBSTITUÍDA A SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE.*

*1. Considerando que a pena-base foi aplicada no mínimo legal em razão da favorabilidade das circunstâncias judiciais previstas no*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 59 do CP, e que o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 restou fixado no patamar máximo e, ainda, que foi substituída a reprimenda corporal por restritiva de direitos, devida a fixação do modo inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. Habeas corpus concedido de ofício para fixar o modo aberto para o início do cumprimento da reprimenda" (AgRg no AREsp n. 473.028/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 8/10/2014).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

3. Considerando a quantidade de pena imposta (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial aberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC 97.256/RS, passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012).

5. Tendo as instâncias ordinárias indeferido a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com fundamento na vedação legal, e havendo o paciente preenchido os requisitos no art. 44 do Estatuto Penal, fica configurado o constrangimento ilegal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais" (HC n. 320.015/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 15/9/2015).

Por fim, tenho que é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que o agravante preenche todos os requisitos do art. 44 do CP, eis que a sua pena final não ultrapassa quatro anos, o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça e as suas circunstâncias judiciais são todas favoráveis.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, não há que se falar, como quer a defesa, em concessão da ordem de **habeas corpus** de ofício quanto às alegações não acolhidas por este voto, ante a inexistência de flagrante ilegalidade ou constrangimento ilegal que a justifique.

Ante o exposto, conheço em parte do agravo regimental para, na extensão conhecida, dar-lhe provimento, nos termos da fundamentação retro, para aplicar a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no patamar de metade, fixar o regime inicial aberto e autorizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à critério do Juízo das Execuções.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0103073-7      **PROCESSO ELETRÔNICO**      **AgRg no REsp 1.806.729 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0005804482014 00058044820148260360 2337/2014 23372014 5804482014  
58044820148260360

EM MESA

JULGADO: 01/10/2019

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : WELLINGTON MARTINS  
ADVOGADO : ORESTES MAZIEIRO - SP090426  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
AGRAVANTE : WELLINGTON MARTINS  
ADVOGADO : ORESTES MAZIEIRO - SP090426  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Incolumidade Pública - Falsificação / Corrupção /  
Adulteração / Alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais

#### **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : WELLINGTON MARTINS  
ADVOGADO : ORESTES MAZIEIRO - SP090426  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

#### **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, conheceu parcialmente do agravo regimental e, nesta parte, deu provimento, 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.