



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.627.496 - SP (2016/0249220-7)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **JHONY FERREIRA DA SILVA**
AGRAVADO : **SAMUEL BATISTA RIBEIRO**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (45,01 G DE COCAÍNA; 23,44 G DE CRACK E 144,39 G DE MACONHA). CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). PEDIDO DE AFASTAMENTO DA FRAÇÃO APLICADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DISCRICIONARIEDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. MODIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL. PRIMARIEDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULAS 718 E 719/STF. SÚMULA 440/STJ. PENA DEFINITIVA EM 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO QUE SE IMPÕE. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, C, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

1. Reconhecido expressamente os requisitos elencados no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, como na hipótese, pode a instância ordinária ponderar a quantidade e a qualidade da droga apreendida para a dosagem da fração a ser aplicada.

2. Tendo a Corte de origem concluído que os agravados preenchiam os requisitos para se beneficiar da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é inviável entender de modo diverso, dada a necessidade de revisão de elementos fático-probatórios, vedada nesta via recursal. Súmula 7/STJ.

3. [...] *para que fosse possível a análise da pretensão recursal de decote dessa minorante, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso especial, em virtude do disposto na Súmula 7 desta Corte [...]* (AgRg no AREsp n. 1.006.766/DF, Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 25/9/2017).

4. As demais questões veiculadas no recurso especial defensivo dizem respeito à verificação da ofensa aos arts. 33, § 2º, e 44, ambos do Código Penal, porquanto não poderia ser agravado o regime inicial de cumprimento da pena, com suporte na hediondez e na gravidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abstrata do delito, bem como haver a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos à minguada vedação legal.

5. Foram utilizados fundamentos abstratos e genéricos, notadamente com lastro na vedação constante na Lei de Crimes Hediondos, para a fixação de regime de cumprimento de pena mais grave, bem como pela vedação à substituição da pena.

6. Todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis aos agravados, sendo fixadas no mínimo as penas-base dos crimes de tráfico de drogas por eles perpetrados. Sendo assim, não há fundamento para dar lastro à imposição de regime prisional mais severo do que permitido pelo *quantum* da pena, *ex vi* da Súmula 440/STJ.

7. *O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF (HC n. 403.688/RJ, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 24/8/2017)*

8. 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, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.627.496 - SP (2016/0249220-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto pelo **Ministério Público Federal** contra a decisão que não conheceu do recurso especial formulado pelo Ministério Público de São Paulo (fls. 380/392):

RECURSOS ESPECIAIS. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (45,01 G DE COCAÍNA; 23,44 G DE CRACK E 144,39 G DE MACONHA). RECURSO MINISTERIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECURSO DA DEFESA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006; 33, § 2º, E 44, AMBOS DO CP. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PEDIDOS DE AFASTAMENTO E DE ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO APLICADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DISCRICIONARIEDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. MODIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL. PRIMARIEDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULAS 718 E 719/STF. SÚMULA 440/STJ. PENA DEFINITIVA EM 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO QUE SE IMPÕE. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, C, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

Recurso especial do Ministério Público de São Paulo não conhecido. Recurso especial defensivo parcialmente conhecido, e, nessa extensão, provido.

Alega o agravante que *o debate trazido nas razões do recurso especial do Parquet estadual não atrai o entendimento da Súmula 7 desta Corte Superior de Justiça* (fl. 401).

Ressalta que *diante da quantidade e natureza das drogas apreendidas – os acusados não fariam jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. [...] Além disso, a decisão agravada merece reforma na parte em que abrandou o regime inicial de cumprimento de pena e substituiu a sanção*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corporal (fl. 406), notadamente pela quantidade e natureza das drogas apreendidas.

Argumenta que não é a hipótese de se aplicar a Súmula 440/STJ, havendo *motivos suficientes e concretos para a manutenção do regime mais grave [...]*, restando *inviabilizada a substituição da pena, pois a quantidade de drogas também demonstra que a benesse não é socialmente recomendada, nos termos do art. 44, inc. III, do Código Penal c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006* (fl. 408).

Pede conhecimento e provimento do presente agravo regimental para que haja a reconsideração da decisão agravada, a fim de dar provimento ao apelo ministerial e negar provimento ao recurso defensivo, ou, na hipótese adversa, que seja a questão submetida ao Colegiado.

Foi dispensada a oitiva da parte agravada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.627.496 - SP (2016/0249220-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O agravo não merece prosperar.

No que diz respeito ao pleito de afastamento da incidência da Súmula 7/STJ para que não seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, razão não assiste ao agravante, porquanto, reconhecido expressamente os requisitos elencados no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, como na hipótese, pode a instância ordinária ponderar a quantidade e a qualidade da droga apreendida para a dosagem da fração a ser aplicada.

No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu, dentro do seu critério de discricionariedade, que *estão presentes os requisitos autorizadores da redução, não em sua fração máxima, [...], mas em 2/5, considerando a extrema nocividade da cocaína e a quantidade apreendida* (fl. 228).

Tendo a Corte de origem concluído que os agravados preenchiam os requisitos para se beneficiar da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é inviável entender de modo diverso, dada a necessidade de revisão de elementos fático-probatórios, vedada nesta via recursal.

A corroborar:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE DECOTE DESSA MINORANTE. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. As instâncias ordinárias entenderam que inexistiam nos autos provas que demonstrassem a dedicação do agravado às atividades criminosas ou de que integrasse organização criminosa, havendo sido apreendida pequena quantidade de entorpecente (9,64g – nove gramas e sessenta e quatro centigramas - de massa líquida de crack).

2. Nesse contexto, **para que fosse possível a análise da pretensão recursal de decote dessa minorante, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de recurso especial, em virtude do disposto na Súmula 7 desta Corte. Precedente.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.006.766/DF, Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 25/9/2017 – grifo nosso).

Por fim, no que se refere ao regime inicial de cumprimento de pena e à substituição por restritivas de direitos, tenho que melhor sorte não socorre ao agravante.

Quanto a estes temas, as questões veiculadas no recurso especial defensivo dizem respeito à verificação da ofensa aos arts. 33, § 2º, e 44, ambos do Código Penal, porquanto não poderia ser agravado o regime inicial de cumprimento da pena, com suporte na hediondez e na gravidade abstrata do delito, bem como haver a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos à míngua de vedação legal.

Eis os fundamentos apresentados pelas instâncias ordinárias (fls. 156/157 e 228/229 – grifo nosso):

[...]

Fixo a pena derradeira e motivada aos réus em reclusão, de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses e multa, de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, no mínimo. **Cumprirão a pena inicialmente em regime fechado, em razão da hediondez do delito de tráfico, não podendo apelar em liberdade. É que a soltura dos réus nesta fase poderia prejudicar sobremaneira a aplicação prática da decisão condenatória, e a sua manutenção no cárcere atende aos fins pretendidos pela Lei de Crimes hediondos, certo que tal delito traz implícita a marca da periculosidade do agente** (conforme STF - HC 74043-0 - Rel. Sydney Sanches - DJU 4.10.96 - p. 37.102). Demais disso, permaneceram sob custódia durante toda a instrução processual, sendo inadmissível sejam soltos após a condenação por grave delito.

Recomendem-se os réus na prisão em que se encontram, oficiando-se, expedindo-se guia de recolhimento provisória, com a máxima urgência.

Determino a incineração do entorpecente, assim como decreto o perdimento do numerário apreendido em favor da União, providenciando a Serventia, com urgência.

A teor do que dispõe o artigo 44 da Lei 11.343/06, o crime de tráfico ilícito de drogas é inafiançável e insuscetível de "sursis", graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. O artigo 387, parágrafo segundo do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código de Processo Penal não pode ser visto como norma cogente ou racionalmente necessária, devendo ser analisada à vista da verdadeira situação trazida a julgamento. Cuida-se de crime gravíssimo, de natureza hedionda, e fixar regime mais brando se considerado o período de custódia cautelar implicaria em desprestígio à justiça criminal e desrespeito ao princípio do juiz natural.

[...]

O regime prisional inicial fechado é de rigor, pois segundo o entendimento desta Relatora, é o único compatível com o delito de tráfico de entorpecentes, equiparado aos hediondos, que tantas mazelas sociais tem proporcionado, tratando-se de crime que fomenta outras espécies de ilícitos penais, provoca a degradação do indivíduo e da família brasileira, desvia a juventude da busca de objetivos lícitos e produtivos em favor bem comum, tudo em troca de um único escopo, o lucro do traficante.

Quem promove este sistema e estimula a degradação alheia concretiza tais malefícios em desfavor da sociedade e, por isso, merece repressão severa.

A pretendida substituição da pena, além de ser incompatível com o regime fechado, não se mostra medida suficiente para repressão e prevenção de tão grave delito.

Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou" (HC 203.403/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 01/07/2011).

[...]

No caso, verifica-se que foram utilizados fundamentos abstratos e genéricos, notadamente com lastro na vedação constante na Lei de Crimes Hediondos, para a fixação de regime de cumprimento de pena mais grave, bem como para a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

De mais a mais, **todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis aos agravados**, sendo fixadas no mínimo as penas-base dos crimes de tráfico de drogas por eles perpetrados (5 anos de reclusão – fls. 156 e 227).

Sendo assim, não há fundamento para dar lastro à imposição de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional mais severo do que o permitido pelo *quantum* da pena, *ex vi* da Súmula 440/STJ.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. INCIDÊNCIA.

1. Ao fixar o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, as instâncias ordinárias se referiram apenas à hediondez e à gravidade do crime de tráfico de **drogas**, em nenhum momento fazendo menção à quantidade, à variedade ou a natureza do material entorpecente apreendido.

2. O posicionamento pacificado nos Tribunais Superiores é no sentido de que se mostra inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito. Incidência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 398.206/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 27/9/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PERMANÊNCIA E ESTABILIDADE. DEMONSTRAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RESPALDO NA PROVA DOS AUTOS. REEXAME. INVIABILIDADE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE CONDENADO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS E INTEGRANTE DA FACÇÃO COMANDO VERMELHO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. *QUANTUM* SUPERIOR A 4 ANOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

[...]

9. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 403.688/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, DJe 24/8/2017 – grifo nosso).

Por fim, ressalta-se que a Suprema Corte firmou entendimento quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se preenchidos os requisitos legais (HC n. 105.779, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; HC n. 97.500, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 25/6/2010 e RHC n. 109.374, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 6/12/2011).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. **SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO HABEAS CORPUS 97.256. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL.** REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (ARE n. 663.261, Ministro Luiz Fux, DJe 6/2/2013 – grifo nosso).

Dessa forma, a solução adotada pelo Tribunal de origem foi de encontro ao entendimento esposado na declaração de inconstitucionalidade emanada do Supremo Tribunal Federal, **que acabou por afastar a citada obrigatoriedade, possibilitando a substituição a partir da análise dos vetores do art. 33 do Código Penal** (HC n. 273.942/SP, Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 6/5/2014; HC n. 240.258/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13/8/2013).

É o caso, pois, de se manter a decisão agravada que estabeleceu o regime inicial aberto e possibilitou a substituição da reprimenda carcerária por restritivas de direitos.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0249220-7

AgRg no
REsp 1.627.496 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 002112 00322735420148260224 20150000755638 2112 322735420148260224
RI002PQ1A1XG2

PAUTA: 14/11/2017

JULGADO: 14/11/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRENTE : JHONY FERREIRA DA SILVA
RECORRENTE : SAMUEL BATISTA RIBEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JHONY FERREIRA DA SILVA
AGRAVADO : SAMUEL BATISTA RIBEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.