



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.012.004 - SP (2016/0292094-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : W DOS S F
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. FIXADO SEMIABERTO. CONSIDERADO NATUREZA, QUANTIDADE, E VARIEDADE DA DROGA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO RECOMENDÁVEL. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. REGIME ABERTO EM EVENTUAL AUSÊNCIA DE VAGAS. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Embora a pena definitiva tenha sido fixada em 1 ano e 11 meses de reclusão e o recorrente seja primário, o regime semiaberto é o cabível à espécie, dada a presença de circunstância prevalecente, qual seja, "a natureza e a quantidade da droga apreendidas", sopesados na primeira fase.
2. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a diversidade da droga apreendida, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas.
3. "É inviável a discussão, em sede de agravo regimental, de matérias que sequer foram objeto do recurso especial, por se tratar de inovação recursal. (AgRg no AREsp 889.252/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2016.)
4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília (DF), 13 de junho de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.012.004 - SP (2016/0292094-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **W DOS S F**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto por **W. dos S. F.** contra decisão de minha relatoria, em que foi conhecido o agravo e dado parcial provimento ao recurso especial (e-STJ, fls. 322-325).

O agravante sustenta, em síntese, que **a)** "a r. decisão merece reconsideração, no que toca à fixação do regime inicial. De fato, é de se observar que a quantidade e qualidade de droga apreendida não se mostrou suficiente para justificar a fixação de regime mais gravoso do que aquele previsto pelo art. 33 e §§, do CP;" **b)** "o recorrente foi encontrado com 36,88 gramas de maconha e com 154,8g de cocaína, situação que caracteriza a traficância de pequeno porte, passível de aplicação de regime aberto;" **c)** "a quantidade de droga já foi sopesada negativamente durante a aplicação da pena do paciente, não sendo razoável que seja novamente utilizada para agravar o regime;" **d)** "ora, Excelências, também não se mostra razoável que um réu primário condenado à pena de 1 anos e 11 meses de reclusão fique encarcerado, notadamente no regime semiaberto, no qual há notória ausência de vagas e filas de espera;" **e)** "na prática, o recorrente cumprirá grande parte de sua pena no regime fechado, pois, muito provavelmente não será disponibilizada vaga para o regime semiaberto em prazo tão curto" e **f)** "com relação a aplicação do art. 44, CP, a sua incidência no caso em concreto é possível, tendo em vista que, ao contrário do que constou na r. Decisão ora agravada, a sentença condenatória aplicou a pena-base no seu mínimo, pois não havia circunstâncias judiciais desfavoráveis."

Requer, portanto, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do agravo ao crivo deste órgão colegiado, a fim de dar provimento ao recurso especial, para fins de alteração do regime prisional e substituição da reprimenda. Subsidiariamente, "diante da notória ausência de vagas no regime semiaberto, pede-se que seja possibilitado ao recorrente, na ausência de vaga imediata para ingressar no regime intermediário, aguardar no regime aberto o surgimento da vaga devida."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.012.004 - SP (2016/0292094-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : W DOS S F
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. FIXADO SEMIABERTO. CONSIDERADO NATUREZA, QUANTIDADE. E VARIEDADE DA DROGA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO RECOMENDÁVEL. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. REGIME ABERTO EM EVENTUAL AUSÊNCIA DE VAGAS. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Embora a pena definitiva tenha sido fixada em 1 ano e 11 meses de reclusão e o recorrente seja primário, o regime semiaberto é o cabível à espécie, dada a presença de circunstância prevalecente, qual seja, "a natureza e a quantidade da droga apreendidas", sopesados na primeira fase.
2. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a diversidade da droga apreendida, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas.
3. "É inviável a discussão, em sede de agravo regimental, de matérias que sequer foram objeto do recurso especial, por se tratar de inovação recursal. (AgRg no AREsp 889.252/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2016.)
4. Agravo regimental não provido.

VOTO

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

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

Na primeira fase, a pena foi computada em 5 anos e 10 meses, e 583 dias-multa, considerando a quantidade e a variedade da droga, o que será mantido.

Na segunda fase, houve o reconhecimento da menoridade relativa, tendo sido reduzida a reprimenda ao mínimo legal, não havendo alterações a serem feitas.

Na terceira fase, mantenho a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei de drogas em 1/6, totalizando 5 anos e 10 meses, e 583 dias-multa, incidindo a causa de diminuição do § 4º art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 2/3, torno a pena definitiva em **1 ano, 11 meses, mais o pagamento de 389 dias-multa.**

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Portanto, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 1 ano e 11 meses de reclusão e o recorrente seja primário, o regime semiaberto é o cabível à espécie, dada a presença de circunstância prevalecte, qual seja, "natureza e a quantidade da droga apreendidas" sopesados na primeira fase.

A propósito:

"[...]

1. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a quantidade e a espécie de drogas apreendidas - 43 porções de cocaína, com peso líquido de 10,85g de cocaína -, não autorizam a fixação do regime prisional aberto.

2. A possibilidade de substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos foi concretamente afastada, em razão da natureza/quantidade de droga, o que indica não ser a medida, na hipótese, suficiente à prevenção e repressão do delito.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1.492.149/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 2/02/2016)

"[...]

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

- Rever a fração aplicada na origem a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é procedimento vedado a este Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial, em que não se admite o reexame de matéria fático-probatória. Incidência do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte (*ut*, AgRg no REsp 1470904/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 4/12/2014).

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

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

(AgRg no REsp 1.317.838/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desembargador convocado do TJ/SP, SEXTA TURMA, DJe 16/03/2016.)

Por fim, em relação à suposta negativa de vigência do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, reconheceu a inconstitucionalidade das expressões, contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos". Não há, desse modo, qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas.

Assim, no caso, não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas.

Quanto ao pedido subsidiário de aguardar, no regime aberto, o surgimento da vaga devida para ingressar no regime intermediário, importa ressaltar que "é inviável a discussão, em sede de agravo regimental, de matérias que sequer foram objeto do recurso especial, por se tratar de inovação recursal." (AgRg no AREsp 889.252/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/8/2016).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0292094-5

AgRg no
AREsp 1.012.004 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00220000 00489191620138260050 220000 935/2013 9352013 RI0022RYZ0000

PAUTA: 13/06/2017

JULGADO: 13/06/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : W DOS S F
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 : W DOS S F
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
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, negou provimento ao agravo regimental."

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