



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.637.025 - SP
(2019/0379931-2)**

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : ENRICO GABRIEL AUGUSTO
ADVOGADO : EDUARDO FERRARI GERALDES E OUTRO(S) - SP215741
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ENVOLVIMENTO NA TRAFICÂNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAFASTÁVEL A INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REGIME INICIAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. IMPOSIÇÃO JUSTIFICADA. PRECEDENTES DO STJ. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Corte *a quo* aplicou a minorante na fração de um terço considerando as circunstâncias fáticas da causa, qual seja, a quantidade e variedade das drogas apreendidas. Entender de forma diversa exigiria, necessariamente, incursão na matéria fático-probatória da lide, o que é defeso em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

2. A quantidade e natureza das drogas apreendidas – 12 porções de maconha, 26 papéletes de cocaína e 38 pedras de *crack* – constituem fundamentos idôneos para o agravamento do aspecto qualitativo da pena, ou seja, para a fixação de regime mais gravoso, no caso o semiaberto.

3. Embora a reprimenda não tenha ultrapassado 4 anos, a circunstância judicial desfavorável (quantidade da droga) justifica a fixação do regime inicial semiaberto, segundo a jurisprudência desta Corte, mostrando-se inócua, inclusive, para fins de escolha do regime inicial, a discussão acerca da detração do tempo de prisão provisória (art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal – CPP).

4. Agrado regimental desprovido.

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 agrado regimental.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de junho de 2020(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.637.025 - SP
(2019/0379931-2)**

AGRAVANTE : ENRICO GABRIEL AUGUSTO
ADVOGADO : EDUARDO FERRARI GERALDES E OUTRO(S) - SP215741
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão por mim proferida (fls. 485/492), em que dei parcial provimento ao recurso especial para fixar o regime inicial semiaberto.

A defesa alega que não discute matéria de fato ou prova no recurso especial. Aduz que as questões postas são legais, jurídicas e de direito.

Afirma que deve ser aplicado no patamar máximo o redutor de pena, pois o agravante é primário, de bons antecedentes e não integra organização criminosa. Sustenta que uma vez fixada a pena no mínimo legal, o regime será o aberto.

No mais, reitera as razões do recurso especial e pede a concessão de *habeas corpus* de ofício, para aplicar o redutor em 2/3, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.

**AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.637.025 - SP
(2019/0379931-2)**

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : ENRICO GABRIEL AUGUSTO
ADVOGADO : EDUARDO FERRARI GERALDES E OUTRO(S) - SP215741
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ENVOLVIMENTO NA TRAFICÂNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAFASTÁVEL A INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REGIME INICIAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. IMPOSIÇÃO JUSTIFICADA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Corte *a quo* aplicou a minorante na fração de um terço considerando as circunstâncias fáticas da causa, qual seja, a quantidade e variedade das drogas apreendidas. Entender de forma diversa exigiria, necessariamente, incursão na matéria fático-probatória da lide, o que é defeso em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

2. A quantidade e natureza das drogas apreendidas – 12 porções de maconha, 26 papélotes de cocaína e 38 pedras de *crack* – constituem fundamentos idôneos para o agravamento do aspecto qualitativo da pena, ou seja, para a fixação de regime mais gravoso, no caso o semiaberto.

3. Embora a reprimenda não tenha ultrapassado 4 anos, a circunstância judicial desfavorável (quantidade da droga) justifica a fixação do regime inicial semiaberto, segundo a jurisprudência desta Corte, mostrando-se inócua, inclusive, para fins de escolha do regime inicial, a discussão acerca da detração do tempo de prisão provisória (art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal – CPP).

4. Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Em que pesem os argumentos veiculados no presente agravo regimental, não há como modificar a decisão ora agravada.

No que tange à minorante da Lei Antidrogas, o Tribunal de origem aplicou a fração de 1/3 sob os seguintes fundamentos, os quais reitero:

Por outro lado, corretamente, aplicada a causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

Com efeito, é possível a aplicação do redutor, somente aos agentes primários, de bons antecedentes e que não se dediquem às atividades criminosas nem integrem organização criminosa.

Além do preenchimento dos requisitos supracitados, deve ser considerada a quantidade de substância entorpecente apreendida em poder do agente. No caso, como visto, foram apreendidas 37,4 g de maconha, 22 g de cocaína e 7,75 g de "crack" (fls. 14), o que, segundo entendimento firmado por esta C. Câmara, permite a diminuição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 1/3 (um terço), a resultar em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, piso mínimo.

Verifica-se que a Corte *a quo* aplicou a minorante na fração de 1/3 considerando as circunstâncias fáticas da causa, qual seja, a quantidade e variedade das drogas apreendidas.

Ademais, a reforma do entendimento consignado pela Corte Estadual no que se refere ao *quantum* de redução aplicado constitui matéria que demanda reexame de fatos e provas, inviável na via eleita, a teor do verbete n. 7 da Súmula do STJ.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. FRAÇÃO DE 1/3. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento consignado pelo Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que, na escolha do quantum de redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida - 200 eppendorfs de cocaína (45,4g) -, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

3. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida é fundamentação idônea para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso.

No caso, apesar da quantidade de drogas apreendidas e da sua natureza, a pena fixada foi inferior a 4 anos, o paciente é primário e a pena-base foi aplicada no mínimo legal. Dessa forma, encontra-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime, pois houve um excesso, haja vista que, o regime mais gravoso a ser fixado é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal - CP, e em consonância com a jurisprudência desta Turma. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 451.828/SP, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe 19/12/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. - Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o juízo, ao fixar a pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Na espécie, a fração da minorante em 1/3 não se mostrou de modo flagrante, desarrazoada, tampouco desproporcional, em razão da quantidade e da natureza especialmente deletéria do entorpecente apreendido, de alto poder viciante e nocividade à saúde do usuário, em conformidade com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior.

- Agravo regimental não provido (AgRg no HC 467.223/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/12/2018).

Quanto ao regime, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas constituem fundamentos idôneos para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, segundo as diretrizes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, além dos requisitos previstos no art. 33, § 2º, do Código Penal – CP. Na hipótese, o mais gravoso, é o regime semiaberto.

AGRAVO REGIMENTAL DO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. QUANTUM DA PENA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CRITÉRIOS. NÃO PREENCHIMENTO. FATO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPERVENIENTE. DOENÇA GRAVE. REGIME DOMICILIAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO.

1. A determinação de cumprimento da reprimenda corporal no regime fechado se deu, de fato, em contrariedade ao entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, considerando a 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.

2. Hipótese em que o regime inicial semiaberto se revela o mais adequado à espécie, pois, a despeito da fixação da pena-base acima do mínimo legal, a quantidade e a natureza de droga apreendida, que ensejaram a concessão da minorante de pena no patamar intermediário, embora não justifiquem a imposição do modo prisional fechado, recomendam a imposição do regime mais gravoso do que aquele previsto pelo quantum da reprimenda imposta, à luz do disposto nos artigos 33, § 2º, alínea b, § 3º, e 59, do Código Penal, além do art. 42, da Lei Antidrogas.

3. Ré que não preenche o requisito subjetivo (artigo 44, III, do Código Penal), considerando as circunstâncias do crime, devidamente valoradas para a fixação da pena-base acima do mínimo legalmente previsto, uma vez que "mantinha sob sua guarda e entregava a Washington mais de sessenta gramas de crack, (suficientes para a confecção de mais de cem porções para a venda no varejo), além de cocaína em pó".

4. Compete ao juízo da execução o exame do pedido de prisão domiciliar em razão de problemas de saúde do condenado.

5. Agravo regimental desprovido (AgRg no AgRg no REsp 1.498.872/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJE 10/10/2018).

Por fim, destaca-se que, embora a reprimenda não tenha ultrapassado 4 anos, a circunstância judicial desfavorável justifica a fixação do regime inicial semiaberto, segundo a jurisprudência desta Corte, mostrando-se inócua, inclusive, para fins de escolha do regime inicial, a discussão acerca da detração do tempo de prisão provisória (art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal – CPP).

No que toca à concessão de *habeas corpus* de ofício, esta demanda a ocorrência de flagrante ilegalidade, situação que não se verifica na hipótese. No sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALTA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[..]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *"A concessão de habeas corpus de ofício demanda a verificação, de plano, por parte exclusivamente do julgador, da ocorrência de flagrante ilegalidade ao direito de locomoção, conforme disposição do art. 654, § 2º, do CPP, situação que não se verifica na espécie."* (AgRg no AREsp 586.729/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2015.)

3. *Agravo regimental não provido* (AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1.325.182/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 30/3/2016).

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0379931-2

**AgRg no AgRg no
AREsp 1.637.025 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 0000419-85.2018.8.26.0617 00004198520188260617 137/2018 1372018
4198520188260617

EM MESA

JULGADO: 16/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ENRICO GABRIEL AUGUSTO
ADVOGADO : EDUARDO FERRARI GERALDES E OUTRO(S) - SP215741
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 : ENRICO GABRIEL AUGUSTO
ADVOGADO : EDUARDO FERRARI GERALDES E OUTRO(S) - SP215741
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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0379931-2

**AgRg no AgRg no
AREsp 1.637.025 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 0000419-85.2018.8.26.0617 00004198520188260617 137/2018 1372018
4198520188260617

EM MESA

JULGADO: 09/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ENRICO GABRIEL AUGUSTO
ADVOGADO : EDUARDO FERRARI GERALDES E OUTRO(S) - SP215741
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 : ENRICO GABRIEL AUGUSTO
ADVOGADO : EDUARDO FERRARI GERALDES E OUTRO(S) - SP215741
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:

"Julgamento adiado por indicação do Sr. Ministro Relator"