



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.473.183 - MS (2014/0191651-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : THIAGO GOULART LOBAO (PRESO)
ADVOGADO : MÁRCIO TOUFIC BARUKI E OUTRO(S) - MS001307

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. DISPOSITIVO LEGAL INSERVÍVEL PARA AMPARAR A PRETENSÃO RECURSAL ANTE A INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO DO HC 111.840/ES. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. SUFICIÊNCIA PARA JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. TESE NÃO APRECIADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS E NÃO DEDUZIDA NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO E INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Descabida a interposição do recurso com fundamento em violação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, por se tratar de dispositivo legal inservível para amparar a pretensão recursal em razão da inconstitucionalidade reconhecida pelo Plenário do STF no julgamento do HC 111.840/ES.

2. Não tendo sido apreciada a tese de possibilidade de utilização da natureza e quantidade da droga para fins de imposição de regime mais gravoso pelas instâncias ordinárias e não deduzida nas razões do recurso especial, resta obstado o conhecimento da insurgência, ante a ausência de prequestionamento e porquanto caracterizada inovação recursal.

3. 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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.473.183 - MS (2014/0191651-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : THIAGO GOULART LOBAO (PRESO)
ADVOGADO : MÁRCIO TOUFIC BARUKI E OUTRO(S) - MS001307

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de decisão que negou provimento ao recurso especial interposto pela acusação.

Alega, em síntese, que, a *fixação do regime prisional mais rigoroso encontra fundamentação em elementos concretos dos autos, quais sejam, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido em poder do ora agravado, a saber: 3.120g (três mil cento e vinte gramas) de cocaína* (fl. 721).

Aduz, outrossim, que *não há óbice na utilização do referido critério na definição do regime, pois, nos casos de tráfico de entorpecentes, a legislação especial prevê norma que determina a preponderância da quantidade e natureza da droga, o que deve ser observado não apenas na fixação da pena, mas também na determinação do regime inicial, em atendimento aos artigos 33, §§2º e 3º, do Código Penal e 42 da Lei n.º 11.343/2006* (fls. 721/722).

Requer, assim, seja reconsiderada a decisão agravada, ou submetido o recurso a julgamento pela Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.473.183 - MS (2014/0191651-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, em face de acórdão que negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena-base e, de ofício, abrandar o regime prisional.

Sustenta o recorrente contrariedade aos arts. 2º, I, da Lei 8.072/90, 40, III, e 42, da Lei 11.343/06, 59 e 68, do Código Penal. Argumenta, em síntese, que, diante da natureza e quantidade da droga apreendida, qual seja, 3.120g de cocaína, equivocada foi a redução da pena-base ao mínimo legal efetuada no acórdão recorrido. Alega, ainda, que, demonstrada a utilização de transporte público para prática do tráfico de drogas, é de rigor a incidência da correlata causa de aumento, independente de se realizar a disseminação dentro do coletivo. Por fim, defende que, tratando-se de crime equiparado a hediondo, impositiva é a fixação do regime inicial fechado.

Requer, assim, a reforma do acórdão recorrido, nos termos das alegações recursais.

Contra-arrazado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento parcial do recurso.

É o relatório.

DECIDO.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado à pena de 5 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 566 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tendo o Tribunal de origem negado provimento à apelação ministerial e acolhido em parte o recurso da defesa para reduzir a pena a 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, mais 486 dias-multa e, de ofício, fixar o regime inicial semiaberto.

A propósito do pleito de restabelecimento da pena-base fixada pelo Juízo singular, extrai-se do acórdão recorrido (fls. 581/582):

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi majorada em 1/6 (um sexto), com fundamento no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, restando fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

No tocante às circunstâncias judiciais, o grau de culpabilidade foi normal para o tipo. A minguagem de elementos quanto à conduta social e à personalidade, estas não foram valoradas. Nada foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sopesado em relação ao comportamento da vítima, que não teve influência na prática do delito. As consequências deste não ultrapassaram àquelas previstas no próprio tipo penal. O acusado não ostenta antecedentes criminais e as circunstâncias delitivas do tráfico não transcenderam os padrões normais para a espécie.

Trata-se de réu primário, que não ostenta maus antecedentes, bem como as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não lhe são desfavoráveis. Não se olvidando do art. 42 da Lei de Drogas, entendo que a quantidade de cocaína apreendida (3.120g - massa bruta) não é considerada de grande monta para fins de tráfico internacional de entorpecentes, razão pela qual a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

[...]

Por fim, a sentença apelada aplicou a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no percentual mínimo de 1/6 (um sexto), que deve ser mantido em razão das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso, em que o acusado, natural do Rio de Janeiro e atualmente residente em Campo Grande/MS, **se dispôs a transportar cocaína**, na companhia de seu primo Alexander Goulart Rocha, que lhe foi entregue por um senhor em Santa Cruz, na Bolívia, em ônibus da Empresa Andorinha, que fazia a linha Corumbá/MS - Campo Grande/MS.

Quanto ao ponto, por oportuno, destaco o seguinte excerto do parecer ministerial (fl. 692):

A sentença, ao fixar a pena base, levou em consideração as circunstâncias do crime, diante da natureza altamente entorpecente da droga, pois o acusado estava transportando mais de três quilos de cocaína.

Ateve-se, portanto, às disposições do art. 42, do Lei Antidrogas, segundo as quais, na fixação da pena, deve o Juiz considerar a natureza e quantidade da substância entorpecente, a conduta social e a personalidade do agente, com preponderância sobre as circunstâncias do art. 59, do Código Penal.

Ao desconsiderar dita vetorial, desprezando tanto a quantidade como a natureza altamente entorpecente da droga – mais de três quilos de cocaína – o v. acórdão, em princípio, afrontaria o art. 42, da Lei Antidrogas.

Todavia, verifica-se que na terceira fase do cálculo, ao reduzir as penas por conta da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o v. acórdão manteve o percentual mínimo aplicado na sentença, um sexto, em razão das circunstâncias do crime, como se observa do seguinte excerto do voto:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Assim, a utilização da mesma vetorial em duas etapas da dosimetria, segundo jurisprudência atualmente em vigor, caracteriza **bis in idem**.

Desse modo, embora deva ser reconhecido o desvalor da aludida circunstância, não deve ser alterada a pena-base.

Com efeito, tendo a natureza da droga apreendida sido considerada, em um primeiro momento, para majorar a pena-base, na sentença condenatória, e, em um segundo momento, para modular a fração da minorante do tráfico privilegiado, no acórdão recorrido, mostra-se escorreito o raciocínio apresentado pelo representante do Ministério Público Federal com atuação perante esta Corte Superior no sentido de que, sendo acolhida a pretensão recursal, o restabelecimento da pena-base anteriormente fixada acima do mínimo legal com fundamento na mesma vetorial acabaria por configurar vedado **bis in idem**.

De fato, esta Corte Superior adota o entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado em sede de repercussão geral, no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida não podem, de forma concomitante, gerar valoração negativa em duas fases diferentes da dosimetria, verbis:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao **bis in idem**. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência.

(ARE n. 666.334 RG/AM - Rel. Min. Gilmar Mendes - DJe 6/5/2014)

A propósito do tema, confira-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA A NEGATIVA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. **BIS IN IDEM**. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

[...]

2. Em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza bis in idem, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso bis in idem.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o magistrado de primeiro grau proceda à nova dosimetria da pena do paciente, utilizando a quantidade da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena. (HC 274.071/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/5/2014, DJe 9/6/2014).

Inviável, pois, o restabelecimento da pena-base fixada em primeiro grau de jurisdição.

Por outro lado, no que tange à aplicação da majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06, consignou o Tribunal a quo (fls. 582/583):

Apela a acusação postulando também a aplicação da causa de aumento de pena, prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/06 (crime praticado em transporte público), sem razão, entretanto.

Isso porque não basta o mero uso do coletivo para que, de imediato, incida a majoração sob debate. Em circunstâncias como esta sob apuração, qual seja, onde o transporte do entorpecente ocorre de forma dissimulada, sem que exista a oferta do produto ilegal a outros passageiros, ou seja, quando o ato de fornecimento do entorpecente a terceiros não ocorre no contexto do universo dos usuários do transporte coletivo, tal majorante não é aplicável.

Uma rápida leitura do inc. III do art. 40 da L. no. 11.343/2006 deixa claro que todas as hipóteses fáticas lá elencadas estão ligadas ao local onde a traficância ocorre. O rol ali apresentado expõe uma série de localidades e/ou estabelecimentos públicos ou privados merecedores de especial proteção pela ordem jurídica nacional, seja porque são particularmente vulneráveis à ação da traficância, seja porque neles ou próximo a eles, os danos decorrentes da mesma ganham exacerbada relevância.

Fixadas tais premissas, resta evidente que em situações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

onde o transporte da droga ocorre de forma dissimulada e ignorada por todos os demais usuários do meio de transporte, evidencia-se que nenhuma daquelas razões de ser da norma agravante se apresenta, não havendo que se falar em exasperação da sanção penal.

Quanto ao tema, cumpre ressaltar que, a partir do julgamento do Recurso Especial 1.345.827/SC, de relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (DJe 27/3/2014), esta Corte Superior passou a acompanhar a jurisprudência firmada pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a simples utilização de transporte público no tráfico de drogas não é suficiente para caracterizar a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, que somente deve ser aplicada quando comprovada a efetiva comercialização no interior do coletivo. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.485.946/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 08/05/2017; AgRg no REsp 1.591.404/PR, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 23/03/2017; HC 329.560/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 10/08/2016; HC 165.012/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 11/05/2015.

Desse modo, também aqui, não há o que reparar no acórdão vergastado.

A propósito do regime inicial de cumprimento de pena, extrai-se do aresto recorrido (fls. 584/585):

Por fim, considerando que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n.º 111840, em 27 de junho de 2012, deferiu, por maioria, a ordem e declarou incidenter lantum a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 1.464/2007, deve ser fixado o regime inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, verbis:

[...]

No caso dos autos, trata-se de réu primário, que não ostenta maus antecedentes, bem como não existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos do art. 59 do Código Penal, cuja pena definitiva restou fixada em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, razão pela qual deve ser fixado, de ofício, o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

O recorrente busca o restabelecimento do regime inicial fechado alegando ser o delito de tráfico de drogas equiparado aos crimes hediondos, referindo-se às disposições do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Ocorre que tal previsão legal foi declarada inconstitucional, incidenter tantum, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

A seu turno, o § 3º do art. 33 do CP estabelece que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, *ad litteram*:

Súmula 440/STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Súmula 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, o recorrido restou condenado à pena de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão. Logo, ao réu primário, com pena total estabelecida em patamar superior a 4 anos e que não excede a 8 anos, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, realmente de rigor a fixação do regime inicial semiaberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, b, do Código Penal, nos termos do quanto decidido pela Corte de origem.

Cito, a propósito, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE A PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

3. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na gravidade abstrata do delito e no fato de tratar-se de crime equiparado a hediondo, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Fixada a pena-base no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal e, sendo a reprimenda final da paciente igual a 5 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

4. Ordem parcialmente concedida, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta à paciente.

(HC 386.571/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS. MANIFESTA ILEGALIDADE. PRIMARIEDADE DO AGRAVADO E AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULAS 718 E 719/STF; E 440/STJ. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. CORRETA APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, B, DO CP.

[...]

2. A fixação do regime inicial fechado não pode decorrer da obrigatoriedade prevista no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, como é de conhecimento comum no meio jurídico. Precedentes.

3. Estipulada a pena-base no mínimo legal (5 anos de reclusão) e não ostentando o agravado antecedentes criminais, é descabida a fixação de regime mais gravoso sem a existência de fundamentação idônea, nos termos das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça.

4. O acórdão originário está em confronto com a jurisprudência dominante desta Corte Superior e **levando-se em consideração a penal final cominada ao agravado (5 anos de reclusão), é permitida a imposição do regime semiaberto**, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

5. Agravo regimental improvido.

(AgInt no REsp 1464826/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DELITOS DE LATROCÍNIO TENTADO E CORRUPÇÃO DE MENORES EM CONCURSO MATERIAL. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL DEFINITIVA DE 7 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PEDIDO DE APLICAÇÃO DA REGRA DO CONCURSO FORMAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. REGRA DO CONCURSO MATERIAL MAIS BENÉFICA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PENAS-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME SEMIABERTO ESTABELECIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- 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. Diante disso, há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado.

- Nos termos da Súmula n. 440/STJ, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. Na mesma esteira, as Súmulas n. 718 e n. 719 do STF.

- Na escolha do regime prisional, o julgador não está absolutamente adstrito ao quantum da pena imposta no caso concreto, devendo, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, guiar-se pelas diretrizes previstas no art. 59 do Estatuto Repressivo e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um *modus operandi* que desborde do tipo penal violado.

- Hipótese em que a sentença e o acórdão recorridos limitaram-se a determinar o regime inicial de cumprimento de pena com base no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 e na gravidade abstrata do delito, sem examinar os requisitos constantes do art. 33, § 2º e § 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, evidenciando, assim, a coação ilegal.

- **Diante do quantum de pena aplicado - 7 anos e 8 meses de reclusão -, e tendo sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, tanto que as penas-base foram fixadas no piso legal, é de ser estabelecido o regime inicial semiaberto em favor do paciente. Inteligência do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do CP.**

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena fixada nos autos do processo n. 0002470-58.2015.8.260590.

(HC 377.073/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 21/02/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, nego provimento recurso especial.

O agravante não apresentou qualquer elemento capaz de alterar a conclusão do julgado.

Com efeito, inicialmente, cumpre observar que, nas razões do recurso especial, ao discorrer sobre a *impossibilidade de fixação do regime inicial semiaberto*, o recorrente apontou como violado o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, dispositivo legal inservível para amparar a pretensão recursal em razão da inconstitucionalidade reconhecida pelo Plenário do STF no julgamento do HC 111.840/ES, conforme restou apontado na decisão agravada.

Por outro lado, ainda atento às razões deduzidas na petição do recurso especial, observo que o recorrente sequer procurou demonstrar que as características da droga apreendida – a natureza e a quantidade –, seriam suficientes para justificar a imposição do regime inicial fechado, diante das especificidades do caso sob exame.

No ponto, além da apontada inovação recursal, a tese ventilada no presente agravo regimental carece do indispensável prequestionamento, uma vez que as instâncias ordinárias não consideraram a natureza e a quantidade da droga apreendida enquanto vetoriais a serem consideradas quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, e, especialmente, para, à luz das especificidades do caso concreto, justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível segundo a pena aplicada.

Aliás, mostra-se oportuno observar que as características do entorpecente apreendido foram valoradas pela Corte de origem, mas apenas quando da análise da primeira fase da dosimetria, e consideradas insuficientes para elevar a pena-base, ao fundamento de que a quantidade da droga não seria *considerada de grande monta para fins de tráfico internacional de entorpecente*.

Tais circunstâncias, conforme já apontado, não foram valoradas pelo Tribunal *a quo* quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, e a acusação sequer opôs embargos declaratórios.

De tal sorte, para além dos óbices acima apontados, o acolhimento da pretensão recursal demandaria reexame de prova, uma vez que não haveria coerência em se considerar as características da droga insuficientes para majorar a pena-base e, diante da mesma moldura fática, considerá-las suficientes à imposição do regime prisional mais severo.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0191651-5

AgRg no
REsp 1.473.183 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00009148920114036004 17311 1732011 201160040009140 52395 9148920114036004

PAUTA: 10/10/2017

JULGADO: 10/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : THIAGO GOULART LOBAO (PRESO)
ADVOGADO : MÁRCIO TOUFIC BARUKI E OUTRO(S) - MS001307
CORRÉU : ALEXANDER GOULART ROCHA

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 : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : THIAGO GOULART LOBAO (PRESO)
ADVOGADO : MÁRCIO TOUFIC BARUKI E OUTRO(S) - MS001307

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.