



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.460.067 - PR (2014/0147754-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : DIEGO AUGUSTO RECALDE BENITEZ
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA VALORADA NEGATIVAMENTE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa das circunstâncias do delito, especificamente a quantidade da droga apreendida (**14kg de maconha**). Assim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra cabível, nos exatos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal.

2. 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), 17 de abril de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.460.067 - PR (2014/0147754-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : DIEGO AUGUSTO RECALDE BENITEZ
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de agravo regimental interposto por **DIEGO AUGUSTO RECALDE BENITEZ** contra decisão de minha relatoria que conheceu parcialmente do recurso especial da acusação e, nessa extensão, deu-lhe provimento para excluir a possibilidade de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

O agravante defende que, embora a pena-base tenha sido estabelecida pouco acima do mínimo legal, tal circunstância não deve ser valorada para impedir a permuta legal.

Assevera que "o artigo 44, no seu inciso III, exige apenas que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. E no caso, todos esses fatores foram valorados positivamente em favor do agravante." (e-STJ, fl. 614)

Requer a reconsideração da decisão agravada apenas no que concerne à possibilidade de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.460.067 - PR (2014/0147754-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : DIEGO AUGUSTO RECALDE BENITEZ
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA VALORADA NEGATIVAMENTE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa das circunstâncias do delito, especificamente a quantidade da droga apreendida (**14kg de maconha**). Assim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra cabível, nos exatos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal.

2. Agravo regimental não provido.

VOTO

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

O recurso não merece prosperar.

A decisão agravada, a seguir transcrita, está em consonância com a jurisprudência desta Corte e não merece reparo.

"Segundo de infere dos autos, o recorrente foi condenado pela prática do crime de tráfico internacional de drogas, tipificado no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06, à pena privativa de liberdade de 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 222 dias-multa.

Irresignado, o Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento, tendo sido concedida a ordem de *habeas corpus*, de ofício, para reduzir as penas aplicadas ao réu para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa, bem como substituir a sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, determinada a sua execução provisória.

O acórdão recorrido encontra-se fundamentado nos seguintes termos:

'Na primeira fase, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal foram consideradas neutras. Quanto àquelas presentes no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, houve a exasperação da pena com relação à quantidade de droga apreendida (14.300 g. - quatorze mil e trezentos gramas), sendo fixada a pena em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

O Ministério Público Federal, em seu apelo, requer o aumento da sanção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial, com relação a tal vetorial, sob o fundamento de que deveria ser fixado acréscimo no patamar de 08 (oito) meses.

Sem razão. Explico.

No que tange à carga atribuída (acrécimo de meses na pena-base) ao reconhecimento das vetoriais desfavoráveis, o entendimento desta Corte é no sentido de que o peso de cada circunstância judicial é calculado a partir do termo médio entre o mínimo e o máximo da pena cominada, do qual se reduz o mínimo, dividindo-se este resultado pelo número de circunstâncias (EINUL 2000.04.01.134975-0, 4ª Seção, Rel. Des. Federal Néfi Cordeiro, D.E. 28/5/2009).

Entendo, contudo, que a natureza e a quantidade da droga são circunstâncias autônomas entre si, não se configurando como única vetorial. Desta forma, são dez as vetoriais a serem consideradas na primeira fase da dosimetria do crime de tráfico de entorpecentes, de modo que, em regra, o aumento por cada um dos vetores valorados de forma negativa é de 06 (seis) meses.

Outrossim, destaco que a intenção do legislador, ao determinar como preponderantes, sobre as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, foi justamente no sentido de autorizar o aumento da pena-base em *quantum* superior ao dos outros vetores.

Dessa forma, podemos entender que existem três situações distintas acerca da valoração destas circunstâncias na basilar, a saber:

- a) a quantidade e/ou a natureza da droga não ensejam maior reprovação do que aquela já prevista pela pena mínima cominada ao tipo penal, de modo que não serão negativamente valoradas;
- b) a quantidade e/ou a natureza da droga ensejam maior reprovação da conduta do agente, de modo que serão considerados como negativas, aumentando-se a pena-base no mesmo nível das outras circunstâncias, ou seja, em 06 (seis) meses por vetorial;
- c) em situações excepcionais, a quantidade do entorpecente será tal que o aumento em 06 (seis) meses da pena-base se mostrará insuficiente, de modo que, com fulcro no artigo 42 da Lei de Drogas, a reprimenda poderá ser aumentada em patamar superior ao das outras circunstâncias que são valoradas nesta fase da dosimetria.

Nesse contexto, no caso, **apenas a quantidade do entorpecente é desfavorável ao denunciado, e, na esteira do disposto no item 'b' supra, a apreensão de aproximadamente 14kg de maconha não justifica a exasperação em patamar superior a 06 (seis) meses.**

Sendo assim, mantenho a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Na segunda etapa, não foram reconhecidas situações agravantes. Por outro lado, verificou o magistrado estar presente a atenuante da confissão espontânea, disposta no artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, uma vez que os depoimentos do denunciado nas sedes policial e judicial serviram de fundamento para a condenação.

Em consequência, foi restabelecida a pena provisória no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão.

Neste seara, acertada a decisão *a quo*.

Na terceira fase, considerando a origem da droga (Ponta Porã/MS) e o local da prisão (Guaíra/PR), bem como o fato de o destino final do entorpecente ser justamente a aludida cidade paranaense, tendo o réu ficado bem próximo de alcançar seu intento, entendeu o Juiz que a pena devesse sofrer um razoável distanciamento do patamar mínimo, equivalente a 1/3 (um terço), ficando elevada para 06 (seis) anos e 08



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(oito) meses de reclusão.

Reduzo tal aumento, no entanto, para 1/6 (um sexto), tendo em vista a o envolvimento de apenas dois países para a traficância e ausência de outros motivos a justificar maior exasperação da pena com base neste fundamento. Sendo assim, fixo a reprimenda em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses.

No que tange à causa de diminuição de pena enunciada no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ressalto que, conforme já assinalado, o acusado é primário, não registra maus antecedentes e a acusação não produziu prova contundente no sentido de que ele se dedique a atividades criminosas ou de que integre organização criminosa.

Quanto ao grau de redução, não obstante esta Corte venha prestigiando o entendimento segundo o qual a consideração, negativa, da quantidade e da natureza do entorpecente possa ser feita, tanto por ocasião do arbitramento da pena-base como na terceira etapa da dosimetria, o Supremo Tribunal Federal, diante da mesma questão, tem precedente que refuta essa solução. Nesse sentido:

[...]

Desta forma, presentes duas interpretações acerca da matéria, ambas igualmente defensáveis, e sendo-lhes comum, apenas, o afastamento do *bis in idem*, propendo para aquela que se revela mais favorável ao réu, no caso a de que o artigo 42 da lei de regência tem sua incidência restrita à primeira etapa da fixação da pena.

Observo, assim, que em relação a este quantum se deve ter por parâmetro as circunstâncias pessoais do agente e as de caráter objetivo que circundaram a prática do delito, e não o montante e a espécie de droga.

Portanto, à míngua de outras circunstâncias que possam influir negativamente na redução da pena a ser imposta ao réu, reputo que a minoração da sanção deve ficar no patamar máximo de 2/3 (dois terços), conforme determinado na sentença.

Assim, torno definitiva a pena em 01 (ano) e 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Quanto à pena de multa, fixo-a em 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, de modo a manter proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. Quanto ao valor unitário dos dias-multa, mantenho-o em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

4. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO Observo que foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, no tocante à obrigatoriedade de cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicialmente fechado. **Sendo assim, considerando a quantidade de pena aplicada, bem como a quantidade de entorpecente apreendido com o acusado, fixo o regime inicial semiaberto para o cumprimento da penalidade**, na esteira do disposto no artigo 33, § 3º, do Codex Penal.

Nesses termos, consolido a sanção em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto. A multa, em razão do princípio da proporcionalidade com a reprimenda privativa de liberdade, fica estabelecida em 194 (duzentos e oito) dias-multa, ao valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo.

5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE Quanto à possibilidade de substituição da pena corporal, cabe observar que o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, no âmbito do HC 97.256 (Tribunal Pleno, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, DJe 15-12-2010), a inconstitucionalidade das expressões 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' , constante do § 4º do artigo 33 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, e 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos' , contida no artigo 44 do mesmo diploma legal. Ademais, o Senado Federal, com base no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, por meio da Resolução 05/2012, suspendeu a execução da referida expressão, ante a declaração de sua inconstitucionalidade.

Sem olvidar a gravidade do envolvimento com o tráfico de drogas, tenho que a substituição da pena corporal por restritivas de direitos configura resposta sancionatória suficiente à reprovação do abalo causado, na espécie, bem assim à promessa de reintegração do condenado ao convívio sadio em sociedade.

Isto porque, o réu não possui reincidência ou antecedentes, não sendo, tampouco, a sua culpabilidade, conduta social e personalidade vetores que lhe descredenciam ao gozo dos benefícios legais insculpidos no artigo 43 do Código Penal. De resto, **os motivos e as circunstâncias indicam que a substituição é suficiente, devendo, portanto, ser facultada ao condenado.**

Observo ainda, que o fato de o condenado ser estrangeiro não é óbice à concessão da benesse.

[...]

Nessa perspectiva, tendo em vista o disposto nos artigos 43 a 46 do Código Penal, **substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo, e prestação de serviços à comunidade, a ser definida oportunamente perante o juízo da execução, com a mesma duração da sanção afliitiva que ora se substitui, por serem as modalidades substitutivas que melhor atingem o propósito de recuperação do reeducando.** A primeira, porque, ao contrário da multa que reverte sempre ao Estado, converte-se em prol da vítima, seus dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social; a segunda, porque exige do condenado um esforço no sentido de contribuir com o interesse público.

6. EXECUÇÃO PROVISÓRIA A sentença condenatória manteve a prisão preventiva do réu, tendo sido negado o direito de apelar em liberdade.

Porém, tendo em vista a substituição da pena privativa de liberdade ora aplicada, considero que se deve possibilitar a DIEGO AUGUSTO RECALDE BENITEZ, desde logo, a execução substitutiva, uma vez que lhe é amplamente favorável.

A esse respeito:

[...]

Nesses termos, determino seja imediatamente iniciada a execução provisória das penas restritivas de direito impostas ao condenado.

7. DISPOSITIVO Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação e conceder, de ofício, ordem de *habeas corpus* para reduzir as penas aplicadas e substituir a sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, determinando a sua execução provisória.' (e-STJ, fls. 321-326)

Nos termos do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para que incida a causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, é necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

O entendimento desta Corte é de que a mencionada norma tem como objetivo beneficiar, apenas, pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

Tem-se decidido também que, na falta de parâmetros legais, a quantidade de droga apreendida, dentre outras circunstâncias do delito, pode servir para a definição do patamar de redução – de um sexto até dois terços – e para impedir a aplicação do referido benefício quando evidenciar a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Na hipótese, segundo se observa, a referida minorante foi aplicada em favor do recorrido, porque não existem elementos seguros aptos a comprovar sua reiteração na prática delitiva ou que seja integrante de organização criminosa.

Assentado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, que inexistente prova da dedicação do recorrido à atividade criminosa, a alteração desse entendimento enseja o revolvimento do conteúdo probatório dos autos, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

Nesse sentido:

'[...] É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de averiguar os requisitos legais para incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena e o percentual a ser fixado. Óbice do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte' (AgRg no AREsp 744.179/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 23/10/2015)

'[...] A decisão agravada está em absoluta conformidade com a massiva jurisprudência desta Corte, assentada no sentido de que aferir a dedicação a atividades criminosas, para o fim de negar ou deferir o redutor da pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, demanda o revolvimento de fatos e provas o que é terminantemente vedado pela Súmula 7.' (AgRg no AREsp 644.360/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 17/11/2015).

Ademais, conforme estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, **em sede de repercussão geral**, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 666.334/MG, está vedada a utilização, concomitantemente, da quantidade e da natureza da droga na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*, como bem posto pelo Tribunal de origem.

Por outro lado, no que tange ao pedido de exclusão da possibilidade de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, razão assiste ao recorrente.

Vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que vedavam a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, tendo sido, inclusive, tal proibição suprimida do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Não há, desse modo, qualquer óbice à concessão da referida benesse aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentenciados pelo delito de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

Todavia, *in casu*, utilizada a quantidade de droga apreendida para majorar a pena-base, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito.

Sobre o tema, os seguintes julgados:

[...]

3. A valoração negativa das circunstâncias do crime, apoiada em elementos fáticos dos autos, no caso, especificamente, a 'bem arquitetada maquiagem contábil, de difícil comprovação técnica', os 'conhecimentos profissionais dos contadores para delinquir sem deixar vestígios' e a 'sofisticação da trama engendrada', justifica o aumento da pena-base em seis meses de reclusão.

[...]

6. É insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando desfavorável uma das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a teor do disposto no art. 44, III, do CP.

[...]

9. Recurso especial não provido.'

(REsp 1.442.900/MG, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 3/5/2016, DJe 11/5/2016).

'PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 1.º, I, DO DECRETO-LEI 201/67. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. INCREMENTO JUSTIFICADO. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA DEFINITIVA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. VEDADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

4. Presente circunstância judicial desfavorável, não há eiva na vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme estatui o art. 44, III, do Código Penal.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reduzir a pena do paciente para 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.'

(HC 332.520/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/9/2015, DJe 30/9/2015).

Por fim, consigne-se que esta Corte firmou compreensão no sentido de que 'é admitida a *reformatio in melius*, em sede de recurso exclusivo da acusação, sendo vedada somente a *reformatio in pejus*.' (REsp 628.971/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 12/4/2010; AgRg no REsp 1186155/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 5/5/2016, DJe 18/5/2016).

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, 'c', do RISTJ, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, **dou-lhe**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provimento para excluir a possibilidade de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.
Publique-se. Intimem-se." (e-STJ, fls. 599-605)

Com efeito, explicitado no acórdão impugnado que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa das circunstâncias do delito, especificamente a quantidade da droga apreendida (repita-se – **14 kg de maconha**). Assim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra cabível, nos exatos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal.

A propósito, confira-se:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS RIGOROSO E INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADAS NEGATIVAMENTE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, no julgamento do HC 111.840/ES, pelo Supremo Tribunal Federal - cuja norma previa a obrigatoriedade do modo inicial fechado de cumprimento de pena - a definição do regime prisional aos sentenciados por delitos hediondos e os a eles equiparados deve observar as diretrizes comuns do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas como elementos preponderantes 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.

2. Explicitado no acórdão impugnado que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa das circunstâncias do delito, especificamente a natureza e a quantidade da droga apreendida (28 pedras de crack e outra pedra grande de crack, com peso de 5,52 g), o regime semiaberto (mais rigoroso) é o cabível para o início do cumprimento da pena corporal, ainda que o *quantum* de reprimenda definitiva tenha sido fixada abaixo de 4 anos de reclusão, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, 'b', do Código Penal.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos também não se mostra cabível, nos exatos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal, ante a consideração negativa das circunstâncias do delito (quantidade e natureza do entorpecente).

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1296005/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0147754-0

AgRg no
REsp 1.460.067 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3392012 50004923320124047017 50006976220124047017 PR-50004923320124047017
PR-50006976220124047017

PAUTA: 17/04/2018

JULGADO: 17/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : DIEGO AUGUSTO RECALDE BENITEZ
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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 : DIEGO AUGUSTO RECALDE BENITEZ
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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.