



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 489.571 - ES (2014/0063882-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : WANDRO DOS SANTOS TEIXEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUPERAÇÃO DO ÓBICE. SÚMULA 7/STJ. DESNECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. PENA-BASE. FUNDAMENTOS ABSTRATOS. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REPRIMENDA FIXADA NO MÍNIMO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. SÚMULAS 282 e 356/STF. FIXADO REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO. PREJUDICADA. PENA MAIOR QUE 4 ANOS. AGRAVO PROVIDO EM PARTE.

1. Não foram apresentados fundamentos concretos para a exasperação da pena-base quanto à culpabilidade, aos motivos, às circunstâncias, às consequências e à quantidade da droga, visto se tratar de pequena quantidade (23g) de *crack* (e-STJ, fl. 2).

2. Quanto à aplicação da causa de diminuição no patamar máximo de ofício, verifico que o acórdão recorrido não tratou do assunto. Assim, a matéria que não foi ventilada no acórdão recorrido e que não foi objeto de embargos de declaração carece do necessário prequestionamento. Incidem à espécie as Súmulas 282 e 356/STF.

3. Estabelecida a pena definitiva em 4 anos e 2 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido, o regime semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito.

4. Mantida a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos por não atender ao requisito objetivo.

5. Agravo regimental parcialmente provido, para fixar a pena-base no mínimo, mantido o patamar da minorante em 1/6, tornando-a definitiva em 4 anos e 2 meses, mais 417 dias-multa em regime semiaberto.

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, dar parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de março de 2017(data do julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 489.571 - ES (2014/0063882-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **WANDRO DOS SANTOS TEIXEIRA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra decisão de relatoria do Ministro Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), que conheceu do agravo para negar-lhe provimento por incidência da Súmula 7/STJ.

O agravante sustenta, em síntese, que: **a)** "além de este órgão ministerial haver opinado pelo provimento do agravo em recurso especial, requereu fosse concedida a ordem de *habeas corpus* de ofício em favor do Agravante, a fim de que se determinasse: (I) a fixação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 no patamar máximo de 2/3 (dois terços); (II) a eleição do regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade; (III) e deliberação por parte do Juízo de Primeiro Grau acerca da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;" (e-STJ, fl. 326) **b)** "com a devida vênia, Vossa Excelência, sem atinar para as particularidades do caso em apreço, invocou o Enunciado da Súmula n. 07/STJ para negar provimento ao agravo em recurso especial" (e-STJ, fl. 328); e **c)** "salta aos olhos o abuso de critérios abstratos e próprios do tipo penal para exacerbar a pena-base e negar a fixação, em patamar maior, da minorante prevista no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. E a agravar a situação, não consta nenhum fundamento a justificar a eleição do regime inicial fechado." (e-STJ, fl. 329)

Requer, portanto, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do agravo ao crivo deste órgão colegiado, a fim dar provimento ao recurso especial.

Em julgamento ao Agravo Regimental de Wandro dos Santos Teixeira, a 5ª turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental mantendo o óbice processual (e-STJ, fls. 341-344).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 489.571 - ES (2014/0063882-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : WANDRO DOS SANTOS TEIXEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUPERAÇÃO DO ÓBICE. SÚMULA 7/STJ. DESNECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. PENA-BASE. FUNDAMENTOS ABSTRATOS. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REPRIMENDA FIXADA NO MÍNIMO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. SÚMULAS 282 e 356/STF. FIXADO REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO. PREJUDICADA. PENA MAIOR QUE 4 ANOS. AGRAVO PROVIDO EM PARTE.

1. Não foram apresentados fundamentos concretos para a exasperação da pena-base quanto à culpabilidade, aos motivos, às circunstâncias, às consequências e à quantidade da droga, visto se tratar de pequena quantidade (23g) de *crack* (e-STJ, fl. 2).

2. Quanto à aplicação da causa de diminuição no patamar máximo de ofício, verifico que o acórdão recorrido não tratou do assunto. Assim, a matéria que não foi ventilada no acórdão recorrido e que não foi objeto de embargos de declaração carece do necessário prequestionamento. Incidem à espécie as Súmulas 282 e 356/STF.

3. Estabelecida a pena definitiva em 4 anos e 2 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido, o regime semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito.

4. Mantida a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos por não atender ao requisito objetivo.

5. Agravo regimental parcialmente provido, para fixar a pena-base no mínimo, mantido o patamar da minorante em 1/6, tornando-a definitiva em 4 anos e 2 meses, mais 417 dias-multa em regime semiaberto.

VOTO

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

Infere-se da decisão agravada:

"01. A respeito das questões suscitadas no recurso, esta Corte tem decidido:

- "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial" (STJ, Súmula 07);

- 'A análise da pretensão recursal exigiria, necessariamente, incursão na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

matéria fática-probatória da lide, o que é defeso em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça' (AgRg no AREsp 565.524/DF, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (Desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 04/11/2014; AgRg no AgRg no AREsp 305.733/PE, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, QUINTA TURMA, DJe 18/11/2014).

À luz das teses jurídicas e das premissas fáticas nelas contidas, não há como prover o recurso porque, quanto à alegação de violação aos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal, incide o enunciado da Súmula 07/STJ.

02. À vista do exposto, com fundamento na alínea 'a', inc. II, do art. 253 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conheço do agravo para negar-lhe provimento." (e-STJ, fls. 317-318)

Inconformado, o recorrido também interpôs agravo regimental (e-STJ, fls. 331-335), tendo sido negado provimento nos termos da ementa abaixo:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRAFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Para alterar a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias, no sentido de se verificar se a dosimetria da pena foi devidamente estabelecida, demandaria, necessariamente, revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento que encontra óbice na Súmula 7/STJ, que dispõe: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.'

2. Agravo regimental não provido. " (e-STJ, fl. 340)

Ocorre que tem razão o agravante quanto a não ensejar reexame de provas as matérias debatidas.

Passo ao mérito.

O Tribunal de origem realizou a análise da dosimetria, sob os seguintes argumentos:

"No que tange ao pedido de fixação no mínimo legal, tenho que o mesmo não deve prosperar.

Nesta quadra, destaco que é de conhecimento notório que a jurisprudência tem se firmado no sentido de que as circunstâncias judiciais poder ser analisadas pelo magistrado de forma discricionária, desde que respeitados os elementos constantes dos autos, *in verbis*:

[...]

Examinando o caderno processual, percebo que o julgador monocrático fixou a pena-base do acusado em patamar acima do mínimo legal para o crime de tráfico de entorpecentes, em seis (6) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa, nos seguintes termos:

'Curvando-me às disposições do artigo 59 do Código Penal, verifico que a **culpabilidade do denunciado restou comprovada, merecendo reprovação**, não há nos autos registro de antecedentes criminais; conduta social não referenciada; personalidade de pessoa comum; **os motivos do crime não favorecem o denunciado, vez que o que impulsiona a prática do crime de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico é o lucro fácil; as circunstâncias concretas pesa em seu desfavor; as consequências do crime são graves, tendo em vista o prejuízo causado a diversos jovens e suas respectivas famílias. Também é bom salientar que o Estado tem elevadas despesas no Sistema Único de Saúde com o tratamento e prevenção de usuários de drogas; o comportamento da vítima, em sendo a sociedade, não se aplica; a situação econômica do réu é razoável, vez que na DEPOL foi qualificado como pedreiro. **Analisando as circunstâncias judiciais, com preponderância da quantidade (23 pedras de crack) das drogas apreendidas,** além da personalidade e conduta social do denunciado, nos termos dos artigos 42 e 43 da Lei nº 11.343/06, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo do salário mínimo vigente à época do crime, ou seja, próximo do mínimo legal.' (fls. 123/124)

Ora, analisando a transcrição acima procedida, resta evidente que a análise levada a efeito pelo ilustre magistrado *a quo*, bem como, o *quantum* da pena-base fixada, não merecem qualquer reparo, eis que em consonância com os preceitos do artigo 59 do Código Penal.

Importante também destacar, que a quantidade de entorpecentes apreendidos, foi determinante para a fixação da referida pena-base, em perfeita obediência ao artigo 42 da Lei n. 11.343/06.

[...]

Desse modo, entendo que o referido pleito defensivo é incabível." (e-STJ, fls. 237-239)

Inicialmente, quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando ela atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Como se vê, não foram apresentados fundamentos concretos para a exasperação da pena-base quanto à culpabilidade, aos motivos, às circunstâncias, às consequências e à quantidade da droga, visto se tratar de pequena quantidade (23g) de *crack* (e-STJ, fl. 2).

À míngua de fundamentos válidos, mostra-se incabível a exasperação da pena-base, razão pela qual deve ser refeita e fixada no patamar mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Contudo, quanto ao pedido do Ministério Público para aplicação da causa de diminuição no patamar máximo de ofício, verifico que o acórdão recorrido não tratou do assunto.

Assim, a matéria que não foi ventilada no acórdão recorrido e que não foi objeto de embargos de declaração carece do necessário prequestionamento.

Incidem à espécie as Súmulas 282 e 356/STF, as quais, respectivamente, transcrevo:

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada";

"O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

Passo à readequação da dosimetria.

A pena-base deve ser fixada no mínimo legal em 5 anos e 500 dias-multa. Não há



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alterações a serem feitas na segunda fase. Mantenho a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar de 1/6, logo, **a pena definitiva fica em 4 anos e 2 meses de reclusão, mais 417 dias-multa.**

No tocante ao modo de cumprimento da pena, o Tribunal de origem fixou o regime fechado para cumprimento inicial da reprimenda e indeferiu a substituição, com base nos seguintes fundamentos:

"No tocante ao pedido de alteração do regime inicial de cumprimento da pena, destaco que entendo ser plenamente cabível a fixação de regime de cumprimento da pena diverso do fechado, nos termos do artigo 33 do Código Penal, aos crimes hediondos ou equiparados, cujo rol o crime de tráfico ilícito de entorpecentes integra, vez que se trata de um direito reconhecido pela Corte Suprema deste país.

Entretanto, após analisar o caderno processual, tenho que o recorrente não faz *jus* a regime de cumprimento inicial da pena diverso do fechado.

Em virtude do afastamento da previsão contida no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, tornou-se necessária a avaliação do regime a ser fixado em conformidade com o disposto no § 3º, do artigo 33, do Código Penal, bem como, no artigo 42 da Lei n. 11.343/06, que ora transcrevo:

[...]

Desse modo, a conjunção dos referidos dispositivos legais, evidencia que na fixação do regime de cumprimento da pena, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, e ainda, as circunstâncias que envolvem a traficância desenvolvida pelo agente, devem ser consideradas.

No caso em tela, considerando as circunstâncias que envolvem a traficância parte do réu, bem como a relevante quantidade de entorpecentes apreendidos, ou seja, vinte e três gramas e quatro decigramas (23,4g) de crack, os quais poderiam ser desdobradas em uma grande quantidade de pedras, tenho que o regime fechado se mostra o mais adequado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade que lhe fora aplicada.

Outrossim, mantida a pena imposta ao réu em patamar superior há quatro (4) anos de reclusão, não há possibilidade de haver substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o artigo 44, inciso I, do Código Penal, obsta expressamente a concessão da benesse." (e-STJ, fls. 239-241.)

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.

Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 4 anos e 2 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (23g de *crack*), o regime semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito.

Por fim, mantida a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. O recorrente não atende ao requisito objetivo para o deferimento da permuta legal (No mesmo sentido: "Não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal, na hipótese em que a pena aplicada é superior a 4 anos de reclusão" – AgRg no AREsp 681.222/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 1/9/2015).

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao agravo regimental, para fixar a pena-base no mínimo, mantido o patamar da minorante em 1/6, tornando-a definitiva em 4 anos e 2 meses, mais 417 dias-multa em regime semiaberto.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0063882-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 489.571 / ES**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00084765520118080030 030110084768 03011008476820140021 30110084768
3011008476820140021 84765520118080030

PAUTA: 16/03/2017

JULGADO: 16/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : WANDRO DOS SANTOS TEIXEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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 : WANDRO DOS SANTOS TEIXEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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, deu parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator"

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