



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 748.362 - SP (2015/0176499-4)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : ZANDILE MASWANA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REGIME MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE.

A fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, na linha do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, pode ensejar, como no caso, a fixação de regime mais gravoso e a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos. (**Precedentes**).

Agravo 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 agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 748.362 - SP (2015/0176499-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: ZANDILE MASWANA interpôs agravo regimental em face da r. decisão que conheceu do agravo e deu parcial provimento ao recurso especial, fixando a pena em 2 (dois) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 227 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Nas razões deste regimental, a agravante sustenta que *"à luz do artigo 33, § 2º, 'c', e § 3º, do Código Penal, o réu primário, condenado a uma pena inferior a 04 anos, poderá, desde o início, cumprir sua pena privativa de liberdade no regime aberto, com observância dos critérios previstos no art. 59 do CP, bem como faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos"* (fl. 543).

Pugna pela reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, pela submissão do agravo à Turma julgadora.

Por manter o **decisum**, trago o feito ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 748.362 - SP (2015/0176499-4)

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REGIME MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE.

A fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, na linha do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, pode ensejar, como no caso, a fixação de regime mais gravoso e a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos. **(Precedentes)**.

Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Em que pesem os argumentos aduzidos, o recurso não merece prosperar, devendo ser mantido o **decisum** ora agravado, cujos termos, naquilo que interessa à espécie, passo a reproduzir:

*As circunstâncias judiciais foram valoradas em desfavor do recorrente, mormente porque, nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/06, foram sopesadas, na fixação da pena-base, a natureza e a quantidade da droga, razão pela qual está autorizada a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do que preceitua o art. 33, § 3º, do Código Penal, **verbis**:*

'Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.'

Nesse sentido está assentada a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, representada pelos precedentes a seguir colacionados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME INICIAL SEMIABERTO ESTABELECIDO COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

2. O regime inicial semiaberto foi devidamente estabelecido pela Corte local, em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida - 78 pinos contendo cocaína, com peso líquido de 39 g.

[...]

4. Agravo regimental não provido.'

(AgRg no HC 301.449/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe 07/05/2015)

'CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 100, 7 GRAMAS DE COCAÍNA E 69,8 GRAMAS DE CRACK. PENAS FIXADAS EM 1 (UM) ANO e 8 (OITO) MESES e 1 (UM) ANO e 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO, INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

02. Para o Supremo Tribunal Federal, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014 e HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu e a quantidade e a natureza das drogas apreendidas são elementos determinantes para a fixação do regime prisional (CP, arts. 33, § 3º, e 59 e Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).

04. Habeas corpus não conhecido. Cassada a liminar anteriormente deferida. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para cumprimento inicial das penas privativas de liberdade.'

(HC 312.661/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Newton Trisotto** (Desembargador convocado do TJ/SC), DJe 22/04/2015)

'PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PENAL MAIS GRAVOSO E PARA O INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 4 anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

2. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a natureza e quantidade da droga apreendida (15 porções de cocaína), é fundamento idôneo para negar a benesse relativa à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, conforme o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo Regimental improvido.'

(AgRg no REsp 1462967/SC, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, DJe 20/02/2015)

Nesse diapasão, no caso em tela, entendo que o regime imediatamente mais gravoso a ser aplicado é o semiaberto - ante a condenação em 2 (dois) anos, 3 (três) meses de reclusão e as presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis - e não o fechado, como fixou a Corte Estadual" (fls. 527-532).

Diante do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0176499-4

AgRg no
AREsp 748.362 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00066462620134036119 201361190066461 2014020177776 58301 66462620134036119

EM MESA

JULGADO: 15/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ZANDILE MASWANA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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 : ZANDILE MASWANA (PRESO)
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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.