



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 922.135 - SP (2016/0055017-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : NIVALDO DE JESUS NOVAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : JOEL QUINTILIANO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 APLICADA NO PERCENTUAL MÁXIMO. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. O agravado foi condenado à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do delito de tráfico de drogas. Posteriormente, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo Ministerial para alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o fechado com base na gravidade abstrata do delito.

2. 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.

3. Adequado o regime aberto considerando-se a ausência de circunstâncias judiciais negativas e a incidência da fração máxima da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

4. 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de junho de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 922.135 - SP (2016/0055017-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **NIVALDO DE JESUS NOVAIS**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
CORRÉU : **JOEL QUINTILIANO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de e-STJ fls. 338/342, de minha relatoria, em que dei provimento ao agravo em recurso especial para fixar o regime aberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao recorrente, na espécie, 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Insurge-se o agravante contra o provimento do recurso alegando que a quantidade de entorpecente apreendida constitui fundamento idôneo para a fixação do regime fechado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 922.135 - SP (2016/0055017-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, deduz-se das razões recursais que o agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, *in verbis* (e-STJ fls. 338/342):

Os elementos existentes nos autos informam que o Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao apelo ministerial apenas para alterar o regime prisional para o fechado e afastar a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

A defesa alega, nas razões do presente recurso, que o recorrente faz jus ao regime aberto de cumprimento de pena, considerando-se a ausência de circunstâncias judiciais negativas e o quantum da pena aplicada (um ano e oito meses de reclusão). Sobre o tema a Corte de origem assim se pronunciou:

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, assiste razão ao Ministério Público. Isto porque o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta para o crime de tráfico ilícito de drogas é o único cabível em razão da vigência da atual Lei nº 11.464/2007, que modificou o parágrafo Iº, do artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos. Assim, havendo expressa disposição legal, não há como ser imposto regime inicial diverso do fechado (e-STJ fl. 231).

Esta Corte já decidiu que, para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

In casu, constata-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, o recorrente é primário e a pena não excede a quatro anos. Além disso, o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas foi considerado em sua fração máxima (dois terços), razão pela qual o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional adequado à espécie é o aberto. Nessa linha:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME ABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

II - Ademais, não é idônea a utilização da quantidade de droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena.

Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 62.627/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 15/4/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. PERCENTUAL MÁXIMO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL ABERTO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. Os Tribunais Superiores têm decidido que, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o quantum de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para impedir a aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

4. No caso, ao contrário do firmado na instância de origem, entende-se que quantidade de entorpecente apreendido (7,55 gramas de cocaína) não se mostrou elevado, fazendo jus o paciente à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar de 2/3 (dois terços), diante das ausência de elementos indicativos de que integre organização criminosa ou de que se dedique à criminalidade.

5. Estabelecida a pena em 1 anos e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar a pena definitiva do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Tribunal de origem (HC 286.089/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 15/4/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 APLICADA NO PERCENTUAL MÁXIMO. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 440 DA SÚMULA DESTA CORTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. TEMA NÃO VENTILADO PERANTE A CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE SE INCORRER EM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Caso em que o Paciente foi condenado às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa pela prática do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006. Posteriormente, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo Ministerial para alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o fechado.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Na hipótese, o regime inicial fechado foi estabelecido com base na gravidade abstrata do delito e na quantidade de drogas - 24 (vinte e quatro) invólucros plásticos contendo cocaína -, que não se mostrou exacerbada, especialmente se se considerar que fixada a pena-base no mínimo legal e aplicada a causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, em seu percentual máximo, daí porque se impõe o afastamento da fundamentação genérica adotada pelas instâncias ordinárias nesse ponto.

6. A conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos não pode ser analisada por esta Corte, sob pena de supressão de instância, já que não ventilada a matéria perante o Tribunal de origem.

7. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para, mantida a condenação da Paciente, fixar o regime aberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva mediante condições a serem especificadas pelo Juízo das Execuções (HC 291.018/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 24/6/2014).

Ante o exposto, com amparo no art. 932, VII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", parte final, do RISTJ, **conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial** para fixar o regime aberto para o cumprimento da reprimenda corporal.

Publique-se. Intimem-se.

Com essas considerações, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0055017-9

AgRg no
AREsp 922.135 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00020580620128260050 0010000 10000 20580620128260050 225/2012 2252012
RI001QJHX0000

EM MESA

JULGADO: 21/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

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 : NIVALDO DE JESUS NOVAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : JOEL QUINTILIANO

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 : NIVALDO DE JESUS NOVAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.