



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.054.075 - GO (2017/0029121-0)**

**RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER**  
**AGRAVANTE : HIURY COUTO PEREIRA**  
**ADVOGADO : JOAO GONCALVES DA CRUZ NETTO E OUTRO(S) -**  
**GO032312**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS**

### EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA VALORADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL.

O disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 autoriza a fixação de regime prisional mais gravoso e a vedação da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, em decisão judicial concretamente motivada. **(Precedentes)**.

II - Desse modo, considerada a pena final aplicada (2 anos e 6 meses de reclusão) e a valoração negativa da droga apreendida, o regime inicial adequado é **semiaberto**.

III - *"Quando há circunstância judicial considerada em desfavor do réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal"* (HC n. 217.567/RJ, **Quinta Turma**, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> **Laurita Vaz**, DJe de 25/6/2012)

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 Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Mussi e Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 24 de maio de 2018 (Data do Julgamento).



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ministro Felix Fischer

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.054.075 - GO (2017/0029121-0)**

AGRAVANTE : HIURY COUTO PEREIRA  
ADVOGADO : JOAO GONCALVES DA CRUZ NETTO E OUTRO(S) -  
GO032312  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de agravo regimental interposto por **HIURY COUTO PEREIRA** contra decisão fls. 595-599, na qual dei parcial provimento ao recurso especial, para fixar o regime inicial **semiaberto** para desconto da reprimenda e **manter o afastamento** da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Neste regimental, a defesa afirma que a r. decisão monocrática recorrida incorreu em equívoco à medida em que todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal lhe são favoráveis, sua pena foi fixada no mínimo legal e inexistem elementos que obstem a aplicação do regime aberto, mais benéfico, nos termos do art. 33, §3º, do mesmo diploma. Invoca violação ao enunciado de súmula 440 do STJ, pois a gravidade em abstrato do delito não pode motivar o estabelecimento de regime prisional mais gravoso.

Alega, ainda, que a justificativa utilizada na referida decisão monocrática de fixar o regime semiaberto em razão da natureza da droga não foi ventilada pelas instâncias ordinárias para a questão do regime, mas somente para mensurar o fator de redução da causa de diminuição da pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06.

Nesse aspecto, registra, usar a natureza da droga para definir o regime de cumprimento e negar a substituição constitui **bis in idem**.

Assevera que não existem elementos aptos a justificar a recusa em substituir a pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Destaca que a r. decisão monocrática recorrida incorreu em **reformatio in pejus** qualitativa.

Ao final, requer a reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que seja levado o feito à apreciação do Colegiado.

Por manter o **decisum** trago o recurso à Turma julgadora.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.054.075 - GO (2017/0029121-0)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER  
AGRAVANTE : HIURY COUTO PEREIRA  
ADVOGADO : JOAO GONCALVES DA CRUZ NETTO E OUTRO(S) -  
GO032312  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

### EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA VALORADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL.

O disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 autoriza a fixação de regime prisional mais gravoso e a vedação da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, em decisão judicial concretamente motivada. **(Precedentes).**

II - Desse modo, considerada a pena final aplicada (2 anos e 6 meses de reclusão) e a valoração negativa da droga apreendida, o regime inicial adequado é **semiaberto**.

III - *"Quando há circunstância judicial considerada em desfavor do réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal"* (HC n. 217.567/RJ, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 25/6/2012)

Agravo regimental desprovido.

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** A irresignação não prospera.

Depreende-se dos autos que, o eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apelo defensivo para afastar a exasperação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, mas manter o dimensionamento da pena em 2 anos, 6 meses de reclusão, em regime fechado, além de reduzir a pena de multa para 250 dias-multa, fixado no mínimo legal, vedando, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No recurso especial, o recorrente destacou que todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis e que isso deveria ter levado à reforma do v. acórdão recorrido também para que fosse fixado o regime inicial de cumprimento da pena aberto, determinando a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

Inadmitido o recurso especial na origem, foi interposto o agravo em recurso especial, no qual o agravante sustentou a ausência de óbices para sua admissibilidade, requerendo o conhecimento e provimento do recurso especial.

Na decisão agravada, de minha relatoria, conheci e dei parcial provimento ao recurso especial para **alterar o regime inicial de cumprimento da pena do fechado para o semiaberto e manter a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos** (fls. 595-599).

Neste regimental, o agravante não aduz qualquer argumento apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada, a qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Na espécie, a pena definitiva foi fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, isto é, não ultrapassou quatro anos, o réu é primário e não apresenta maus antecedentes. Não obstante, constata-se a existência de uma circunstância judicial desfavorável, qual seja, a natureza e a quantidade da droga, que foi utilizada na terceira fase da dosimetria como modulador para aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006.

Desse modo, considerada a pena final aplicada e a valoração negativa da natureza e quantidade de droga apreendida, configura-se adequada a fixação do regime inicial semiaberto e não o fechado.

Nesse aspecto, é inquestionável que o aspecto da quantidade e da natureza das drogas apreendidas na posse do agravante estavam no cerne dos fundamentos levantados no



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

v. acórdão recorrido justamente quanto à questão do regime inicial de cumprimento da pena, conforme transcrito a seguir o trecho pertinente ao tema (fl. 488):

*"No caso dos autos, o eg. TJGO manteve a pena do recorrente em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pela prática do delito descrito no artigo 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006, em regime inicial fechado. Ao fixar o regime, o v. acórdão recorrido apoiou-se nos seguintes fundamentos (fl. 488):*

*"Quanto ao regime prisional, não se mostra viável a modificação para um regime mais brando, pois, não obstante a reprimenda privativa de liberdade tenha ficado abaixo de 08 (oito) anos, **a quantidade elevada de drogas apreendidas**, recomenda a manutenção do regime inicial fechado para o réu".*

Na presente hipótese, a fixação do regime semiaberto e a impossibilidade de substituição da pena se deram em razão da natureza e quantidade da droga apreendida terem sido consideradas na terceira fase da dosimetria.

Logo, a decisão agravada não destoa da linha da jurisprudência pacificada por esta Corte, que possui reiteradas manifestações no mesmo sentido, a exemplo dos julgados relativos às ementas a seguir transcritas:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REGIME PRISIONAL E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. VALORAÇÃO NEGATIVA. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA O ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E PARA NEGAR A SUBSTITUIÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE NÃO JUSTIFICA O REGIME EXCESSIVAMENTE MAIS GRAVOSO. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*4. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por crimes hediondos e equiparados.

5. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a parcial inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

6. **A valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos. Precedentes.**

7. **No caso, a natureza e a quantidade da droga apreendida constitui fundamento idôneo para a fixação do regime prisional mais gravoso e para negar a substituição por restritivas de direitos. Entretanto, tais circunstâncias apenas justificam o regime intermediário, tendo em vista que o paciente é primário, e a condenação não excede 4 anos de reclusão.**

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto". (HC n. 408.153/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 31/8/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da natureza da substância entorpecente apreendida - cocaína -, ao passo que o quantum de redução na terceira etapa da dosimetria foi determinado em 1/2 (metade) em razão da quantidade do entorpecente apreendido - 9 porções de cocaína, pesando aproximadamente 3,20 g -, motivos diversos, pois.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Em regra, é vedada a revisão da dosimetria em habeas corpus, somente cabível quando há flagrante ilegalidade, como na hipótese, em que o Tribunal de origem não declinou motivação idônea para fixação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em patamar diverso do máximo.

4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

5. **"Quando há circunstância judicial considerada em desfavor do réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal"** (HC 217.567/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 25/06/2012)

6. **É assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão (in casu, 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal, aplica-se o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.**

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão e 200 dias-multa". (HC n. 362.559/RS, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 12/9/2016, grifei).

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

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0029121-0

**AgRg no**  
**AREsp 1.054.075 /**  
**GO**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00807166620158090000 03034499420148090091 201493034499 201590807162 30344994  
3034499420148090091 807166620158090000

PAUTA: 15/08/2017

JULGADO: 24/05/2018

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

AGRAVANTE : HIURY COUTO PEREIRA  
ADVOGADO : JOAO GONCALVES DA CRUZ NETTO E OUTRO(S) - GO032312  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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 : HIURY COUTO PEREIRA  
ADVOGADO : JOAO GONCALVES DA CRUZ NETTO E OUTRO(S) - GO032312  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

#### **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 Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Mussi e Joel Ilan Paciornik.