

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.403.808 - SC (2018/0312342-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**AGRAVANTE** : EMERSON RODRIGO CARDOSO (PRESO)  
**AGRAVANTE** : MARCO AURELIO ANDRESEN ALBANO (PRESO)  
**ADVOGADOS** : FLUVIA SAMUEL DE ALMEIDA - SC028485  
DIEGO DIAS - SC045363  
GABRIELA DE ALMEIDA SOARES - SC045364  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto por EMERSON RODRIGO CARDOSO e MARCO AURELIO ANDRESEN ALBANO contra decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fls. 548/549):

*APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 33 E ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. CONDENAÇÃO APENAS PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA DE TODOS OS DENUNCIADOS. PRELIMINAR. NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. MÁCULA INEXISTENTE. ORDEM JUDICIAL PRESCINDÍVEL, NO CASO CONCRETO. DILIGÊNCIA POLICIAL QUE OCORREU EM RAZÃO DE INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS E RESULTOU NA APREENSÃO DE DROGAS. FLAGRANTE DELITO QUE EXCETUA A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. LICITUDE DA PROVA PRODUZIDA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO DEVIDAMENTE COMPROVADAS. POLICIAIS QUE FUNCIONARAM NO CASO QUE AFIRMARAM DE FORMA FIRME E COERENTE QUE RECEBERAM INFORMAÇÕES DE QUE OS APELANTES ESTAVAM NEGOCIANDO ENTORPECENTES. EXISTÊNCIA DE LONGA INVESTIGAÇÃO PRÉVIA. APREENSÃO DE TELEFONES CELULARES. EXTRAÇÃO DE MÍDIAS QUE COMPROVAM O COMÉRCIO ESPÚRIO. APREENSÃO DE 52G DE COCAÍNA E 28G DE MACONHA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. CONDUTA DE TRÁFICO*

ILEGAL DE DROGAS DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. ACUSADOS MARCO AURÉLIO E EMERSON. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE EM UM ANO. PLEITO DE REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. APREENSÃO DE MAIS DE 50G DE COCAÍNA. TÓXICO DE ALTO PODER VICIANTE. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM. SEGUNDA FASE. DENUNCIADO EMERSON. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE AGRAVO EM EXECUÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE INDULTO. INSUBSISTÊNCIA. CONSULTA AO SISTEMA SAJ. RECURSO NÃO CONHECIDO. MANUTENÇÃO DA AGRAVANTE. TERCEIRA FASE. PLEITO DE CONCESSÃO DA BENESSE PREVISTA PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA INCABÍVEL. ACUSADO DAVI D. APELANTE PRIMÁRIO. TODAVIA, HABITUALIDADE EVIDENCIADA PELA QUANTIDADE DE DROGA, ALÉM DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES, TUDO DANDO CONTA DO MERCADEJO ROTINEIRO. DENUNCIADOS MARCO AURÉLIO E EMERSON. ACUSADOS REINCIDENTES. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO NÃO CUMPRIDO. SANÇÃO DE TODOS OS ACUSADOS QUE EXCEDE A QUATRO ANOS. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. REGIME PRISIONAL. MARCO AURÉLIO E EMERSON. ACUSADOS REINCIDENTES. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. DAVID. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. NOCIVIDADE DA DROGA. PRECEDENTES DO STJ. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SENTENÇA CONDENATÓRIA COM RELAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA ÀS INSTÂNCIAS SUPERIORES. DETERMINAÇÃO EM OBSERVÂNCIA A RECENTE ORIENTAÇÃO DO STF (HC N. 126292/SP), RATIFICADA NO JULGAMENTO DO DIA 05/10/2016 PELO PLENÁRIO DA MESMA CORTE, EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL, JULGANDO O MÉRITO DO ARE 964246, REPRESENTATIVO DO TEMA 925. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Nas razões do recurso especial, fundado nas alíneas "a" e "c"

do permissivo constitucional, a parte recorrente reputa contrariados os artigos 5º, XI, e 93, IX, da CF, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, bem como o art. 33, §2º, "b", do CP (e-STJ fls. 584/606).

A defesa sustenta, em síntese: (i) a nulidade das prisões em flagrante dos recorrentes e, por derivação, de todos os desdobramentos penais delas advindos, sob o argumento de que precedidas de invasão de domicílio fora das hipóteses autorizadas pela Constituição; (ii) a necessidade de se afastar a exasperação das penas-bases, por força de valoração negativa sobre a quantidade e a natureza da droga traficada, haja vista que as substâncias entorpecentes apreendidas, no caso, perfazem quantidade inferior a 100g – sendo 52g de cocaína; (iii) a inidoneidade dos motivos apresentados para estabelecer o regime prisional mais gravoso – fechado. Buscam demonstrar dissídio jurisprudencial.

As contrarrazões foram apresentadas (e-STJ fls. 684/690), e o Tribunal de origem negou seguimento ao recurso especial (e-STJ fls. 692/697).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (e-STJ fls. 1.023/1.025).

É o relatório. **Decido.**

Preenchidos os requisitos formais e impugnado o fundamento da decisão agravada, conheço do agravo.

O recurso não merece acolhimento.

Primeiramente, é inevitável observar o descabimento do recurso especial para veicular tese de violação de dispositivo constitucional. A via recursal eleita é inadequada para abrir discussão sobre o malferimento ou não dos artigos 5º, XI, e 93, IX, da CF, porquanto ao Superior Tribunal de Justiça não foi atribuída a missão de interpretar os preceitos da Lei Maior, cabendo esse dever ao Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE.

*I - Os delitos de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária, previsto nos arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal, ostentam natureza de delito material, consumando-se apenas na data da constituição definitiva do crédito tributário. Assim, a ausência de comprovação da constituição do crédito impede o reconhecimento da justa causa para a ação penal.*

***II - Em sede de recurso especial, é inviável qualquer discussão a respeito de violação de dispositivos constitucionais.***

*Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1416220/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 20/09/2017)*

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO MONOCRÁTICA. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA. INEXISTÊNCIA. ALEGADA VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE EM ÂMBITO DE RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO QUALIFICADA. ATENUANTE GENÉRICA. INCIDÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE.

*1. O julgamento monocrático do agravo em recurso especial, com esteio em óbices processuais e na jurisprudência dominante desta Corte, tem respaldo nas disposições do CPC e do RISTJ.*

***2. Ao STJ é vedada a análise de violação a dispositivos constitucionais, uma vez que essa competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal, pela via do recurso extraordinário.***

*3. Incide a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal na hipótese em que o réu confessa a autoria do delito, ainda que aliada a causa excludente de ilicitude ou culpabilidade - a chamada confissão qualificada.*

*4. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, é defeso, em âmbito de agravo regimental, ampliar a quaestio veiculada nas contrarrazões ao recurso especial.*

*5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1557653/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA*

Os recorrentes sustentam que o acórdão recorrido lhes impôs constrangimento ilegal, pois *foram apreendidos menos de 100 gramas de apenas dois tipos de entorpecentes - 52 gramas de cocaína com David e 29 gramas de maconha com MARCO AURÉLIO - que, obviamente, não perfazem grande quantidade de droga a ponto de justificar o aumento da pena-base dos apelantes (e-STJ fl. 598).*

Ao concretizar a dosimetria penal, o juízo de 1º grau observou os seguintes critérios para definir a pena-base de cada réu (e-STJ fls. 401/403):

*"Dosimetria das penas*

***Réu Marco Aurélio Andresen Albano***

*A culpabilidade não foge da normalidade; o réu não registra antecedentes desabonadores, uma vez que a condenação criminal que ostenta será sopesada na segunda fase; de sua conduta social e personalidade nada foi apurado; os motivos, embora escusos, certamente balizados pela busca do lucro fácil às custas de infelizes viciados, são característicos ao delito; as circunstâncias, afora as especiais, e as consequências também são comuns ao tipo penal; não há falar em contribuição da vítima; uma das drogas apreendidas (cocaína) é de natureza extremamente deletéria e de altíssimo poder de dependência, pelo que merece valoração negativa; a quantidade não clama especial destaque.*

*Cediço que a pena a ser aplicada deve se manter dentro dos limites necessários à reprovação da conduta e visa atender ao caráter de prevenção geral, pois constitui meio de reflexão para o agente acerca do seu comportamento avesso às normas jurídicas. Atento a isso e ao princípio da individualização da pena, tem-se que a circunstância judicial desfavorável (natureza da droga - preponderante, conforme art. 42 da Lei n. 11.343/2006) justifica o aumento de 1 (um) ano da pena-base, que resta fixada, na primeira fase, em 6 (seis) anos de reclusão. A pena de multa, proporcional à privativa de liberdade, perfaz 600 (seiscentos) dias-multa.*

*[...]*

***Réu Emerson Rodrigo Cardoso***

*A culpabilidade não foge da normalidade; o réu não registra antecedentes desabonadores, uma vez que a condenação*

*criminal que ostenta será sopesada na segunda fase; de sua conduta social e personalidade nada foi apurado; os motivos, embora escusos, certamente balizados pela busca do lucro fácil às custas de infelizes viciados, são característicos ao delito; as circunstâncias afora as especiais, e as consequências também são comuns ao tipo penal; não há falar em contribuição da vítima; uma das drogas apreendidas (cocaína) é de natureza extremamente deletéria e de altíssimo poder de dependência, pelo que merece valoração negativa; a quantidade não clama especial destaque.*

*Cediço que a pena a ser aplicada deve se manter dentro dos limites necessários à reprovação da conduta e visa atender ao caráter de prevenção geral, pois constitui meio de reflexão para o agente acerca do seu comportamento avesso às normas jurídicas. Atento a isso e ao princípio da individualização da pena, tem-se que a circunstância judicial desfavorável (natureza da droga - preponderante, conforme art. 42 da Lei n. 11.343/2006) justifica o aumento de 1 (um) ano da pena-base, que resta fixada, na primeira fase, em 6 (seis) anos de reclusão. A pena de multa, proporcional à privativa de liberdade, perfaz 600 (seiscentos) dias-multa." (fls. 410/412).*

Por sua vez, o Tribunal de origem, julgando as apelações defensivas, manteve o apenamento pelas seguintes razões (e-STJ fls. 566/568):

*"Dosimetria.*

*Primeira fase. Acusados **MARCO AURÉLIO E EMERSON**. Art. 42 da Lei de Drogas.*

*Na primeira fase da dosimetria, a defesa de **MARCO AURÉLIO E EMERSON** pretende a redução da reprimenda, por entender que o aumento de um ano "se deu fora dos parâmetros hodiernamente adotados por este Tribunal".*

*Sem razão.*

*No tocante ao agravamento da pena-base pela natureza e quantidade do narcótico, há comando expresso no art. 42 da Lei de Drogas em que se impõe ao juiz, na individualização da pena, considerar tais critérios, juntamente com os outros previstos no art. 59 do Código Penal. Veja-se: 'O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente'.*

*Além disso, a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de se permitir a elevação da pena-base com fundamento na*

*quantidade e natureza da droga [...]*

*No caso presente foram apreendidas mais de 50 g de cocaína, além de R\$ 22.150,00 (vinte e dois mil, cento e cinquenta reais) em dinheiro.*

*Ora, além de o entorpecente estar dentre aqueles considerados demasiadamente prejudiciais à saúde humana e altamente viciante, a quantidade revelou-se, sim, significativa e, portanto, apta a justificar o aumento da pena-base dos acusados.*

*No pertinente ao quantum de aumento, sabe-se que a fixação da pena é um "processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal". Por esse conceito, 'o juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada)' (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 14. ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 413).*

*In casu, verifica-se que o aumento, na proporção de 1/5 (um quinto) encontra fundamento no art. 42 da Lei de Drogas em razão da nocividade do entorpecente apreendido - cocaína.*

*Portanto, o aumento deve ser mantido."*

A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 12/03/2015).

O julgador deve aplicar de forma justa e fundamentada a reprimenda. O *quantum* deverá ser o necessário e suficiente à reprovação, atendendo-se, ainda, ao princípio da proporcionalidade.

A análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.

Assim, é possível que o magistrado fixe a pena-base no

*máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto (AgRg no REsp n.º 143.071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 06/05/2015).*

Importa considerar, outrossim, que o art. 42, da Lei de Drogas, prescreve que *O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.*

Dessa forma, a quantidade e a natureza dos entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Nesse sentido, segue a jurisprudência desta Corte:

*PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/5 NA SEGUNDA FASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.*

[...]

*2. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.*

*3. Caso em que a exasperação da pena-base em 2/5 acima do mínimo legal (7 anos), em virtude da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (45 tubos plásticos contendo cocaína, 82 tubos plásticos contendo crack e 91 papérolas de maconha), não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador. Precedentes.*

[...]

*6. Writ não conhecido. (HC 328.280/SP, Rel. Ministro GURGEL*



DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 29/10/2015).

*HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA ANTE A NATUREZA DO ENTORPECENTE. SEGUNDA FASE. DIMINUIÇÃO DA PENA EM 6 MESES. RAZOABILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. REDUTOR EM 1/2. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. ORDEM DENEGADA.*

*1. Não há ilegalidade a ser sanada no ponto em que as instâncias ordinárias exasperaram a pena-base ante a natureza altamente nociva da droga apreendida - cocaína em pó e na forma de "crack" -, em observância ao poder de discricionariedade concedido ao juiz na dosimetria da pena e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*

*[...]*

*8. Habeas corpus não conhecido. (HC 306.565/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 07/05/2015).*

Na hipótese, as penas-bases dos recorrentes foram fixadas em **1/5 sobre o mínimo legal**, com base em fundamentação idônea e que torna patente a gravidade concreta do crime por eles praticado, a ensejar maior rigor punitivo, qual seja, a quantidade considerável e a natureza deletéria de uma das drogas apreendidas: **52,4 g de cocaína**.

Este Superior Tribunal de Justiça não tem verificado ilegalidade em hipóteses semelhantes:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. CRITÉRIO IDÔNEO E SUFICIENTE PARA A EXASPERAÇÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO*

CONCRETA. ESPECIFICIDADE DA REINCIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. ENTENDIMENTO QUE SE COADUNA COM A ORIENTAÇÃO DA TERCEIRA SEÇÃO, FIRMADA NO JULGAMENTO DO HC N. 365.963/SP. FRAÇÃO DE AUMENTO REDUZIDA PARA 1/6. PENA REDIMENSIONADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes.

3. No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes teve por fundamento a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, revelando-se justificado e proporcional o incremento da pena na fração de 1/5.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a pena da paciente. (HC 437.972/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 20/09/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS (NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS). REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

III - O art. 42 da Lei 11.343/2006, determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores

*são relevantes, tendo a finalidade de conferir isonomia aos infratores, dando tratamentos desiguais para os que são diferentes.*

*IV - Na espécie, as instâncias ordinárias consideraram que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas com o paciente, revelaram-se aptas a majorar a pena-base, fundamentação que se encontra dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, inexistindo flagrante desproporcionalidade ou ilegalidade a justificar a sua redução.*

*[...]*

*Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 392.731/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 25/10/2017)*

Por outro lado, quanto ao regime de cumprimento da reprimenda, aduzem os recorrentes que, ao aplicar o inicial fechado, a instância ordinária se referiu apenas à reincidência específica e à gravidade do crime em concreto. Porém, a reincidência não deve ser utilizada para agravar a situação do condenado e as drogas apreendidas - cocaína e maconha - não podem ser consideradas mais nocivas do que outras, ante a falta de classificação oficial sobre o nível de lesividade das substâncias entorpecentes, não justificando, portanto, o aumento da pena nem a imposição de regime mais severo (e-STJ fl. 600).

No ponto, é de se mencionar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/07/2012, ao julgar o HC n. 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.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos trazidos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o*

*estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*

Nesse mesmo sentido, as Súmulas n. 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*:

*A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*

*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Na hipótese, ao contrário do que argumenta a defesa, considerando o *quantum* final da reprimenda imposta aos recorrentes – **7 (sete) anos de reclusão** –, o **regime inicialmente fechado** encontra justificativa suficiente na reincidência dos acusados e na vetorial desfavorecida, nos termos do art. 33, § 2.º e 3.º, do Código Penal. Nesse sentido:

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. ALEGAÇÃO DE REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

[...]

*II - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.*

*III - In casu, o regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que, além do paciente ser reincidente, detém circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que está em*

*consonância com o disposto pelo parágrafo 3º, do artigo 33, do Estatuto Repressivo, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício. Precedentes.*

*Habeas corpus não conhecido. (HC 466.977/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 29/10/2018)*

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES, QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS ANTERIORES. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/5. AUMENTO PROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. MODO FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.**

[...]

*5. Estabelecido o quantum da pena em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, e considerando a reincidência do paciente e a aferição desfavorável de circunstâncias judiciais, fica mantido o regime inicial fechado assim como a impossibilidade substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos exatos termos dos arts. 33, § § 2º e 3º, e 44, I, ambos do Código Penal.*

*6. Habeas corpus não conhecido. (HC 457.361/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 23/10/2018)*

Portanto, nada a prover quanto à irresignação movida face ao regime prisional fixado para o início do cumprimento das penas cominadas aos recorrentes.

Por fim, com relação à alegação de dissenso jurisprudencial, a pretensão recursal não apresenta condições mínimas para a progressão da análise de mérito. Isso porque não se pode conhecer de recurso especial fundado na alínea "c" do permissivo constitucional quando a parte recorrente não realiza o necessário cotejo analítico entre arestos em confronto, a fim de

ficarem demonstradas a similitude fática e a adoção de teses divergentes, sendo insuficiente a mera transcrição de ementas.

Incidência da Súmula 568/STJ.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, III e VIII, do CPC c/c o art. 253, parágrafo único, II, "a" e "b", parte final, do RISTJ, **conheço** do agravo para **conhecer parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **negar-lhe provimento**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator

