



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.653.604 - SP (2017/0029612-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : BRUNO DE OLIVEIRA SANTOS
ADVOGADOS : EDUARDO FERRARI GERALDES - SP215741
JONATHAN FELICIANO E OUTRO(S) - SP378640
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUTO DE CONSTATAÇÃO PRELIMINAR. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. QUESTÃO SUPERADA. JUNTADA DO LAUDO DEFINITIVO.

Eventual nulidade no laudo de constatação preliminar fica superada com a juntada aos autos do laudo definitivo.

REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. REGIME SEMIABERTO.

Caso em que embora fosse admissível a estipulação do regime aberto em razão do *quantum* da pena aplicada, qual seja, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a natureza, a quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos justificam a escolha do regime semiaberto, nos termos da jurisprudência pacificada nesta Corte acerca do tema.

DETRAÇÃO. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA INSTÂNCIA *A QUO*. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA.

1. Não se conhece do recurso especial quando o tema não foi objeto de discussão na instância de origem porque sequer suscitado nas razões de apelação, tendo sido alvo de insurgência, tão somente, no âmbito de embargos de declaração e o recurso especial não apontou afronta ao art. 619 do Código de Processo Penal de modo a acusar eventual negativa de prestação jurisdicional pela instância *a quo*.

2. Incidência da Súmula n. 211 do STJ, diante da ausência de prequestionamento.

3. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 03 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.653.604 - SP (2017/0029612-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : BRUNO DE OLIVEIRA SANTOS
ADVOGADOS : EDUARDO FERRARI GERALDES - SP215741
JONATHAN FELICIANO E OUTRO(S) - SP378640
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI(Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por BRUNO DE OLIVEIRA SANTOS contra a decisão unipessoal de fls. 629/633, por meio da qual, com fundamento no artigo 255, § 4º, inciso III, do RISTJ, foi dado parcial provimento ao recurso especial defensivo para fixar o regime inicial semiaberto para o resgate da pena.

Alega o agravante, em síntese, violação ao art. 563 do Código de Processo Penal quanto à nulidade absoluta do auto de constatação preliminar, ofensa ao art. 33, § 2º, "c", do Código Penal diante da fixação de regime diverso do aberto, e violação ao art. 387, § 2º do Código de Processo Penal.

Requer, ao final, a reconsideração do *decisum* ou a submissão do pleito ao Colegiado, dando-se provimento à irresignação para reconhecer a nulidade absoluta do auto de constatação preliminar da droga, fixar o regime inicial aberto de cumprimento da pena, substituindo por restritiva de direitos, computando-se o tempo em que o réu esteve preso provisoriamente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.653.604 - SP (2017/0029612-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI(Relator): Os elementos existentes nos autos indicam que o agravante foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos para alterar a parte final da sentença, sem modificação do *quantum* da pena final.

A sentença foi mantida no âmbito de apelação.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Nas razões de apelo nobre, fulcrado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, a defesa alegou, além de divergência jurisprudencial, negativa de vigência ao 563 do Código de Processo Penal em conjunto com a Súmula 361 do STF, bem como aos arts. 33, § 2º, c, do Código Penal, 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 e 387, § 2º do Código de Processo Penal.

Contra-arrazoada a insurgência (e-STJ fls. 512/528), após o juízo positivo de admissibilidade (e-STJ fls. 533/535), os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal ofertou parecer pelo parcial provimento do inconformismo (e-STJ fls. 619/626).

Por decisão monocrática desta Relatoria, deu-se parcial provimento ao recurso especial para fixar o regime inicial semiaberto para o resgate da pena.

Daí a apresentação deste regimental.

A irresignação, porém, não merece prosperar.

Inicialmente, o agravante sustenta que a matéria relativa à nulidade do auto de constatação preliminar não está preclusa, pois, além de se tratar de nulidade absoluta, a questão foi suscitada pela defesa desde seu ingresso no processo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, verifica-se que, ainda que não estivesse preclusa a matéria, eventual nulidade no laudo de constatação preliminar ficaria superada com a juntada aos autos do laudo definitivo.

Nesse sentido, cite-se o seguinte precedente da Sexta Turma, no qual se faz referência a outro julgado da Quinta Turma no mesmo sentido, *verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE LAUDO PRELIMINAR. LAUDO DEFINITIVO PRODUZIDO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. ENUNCIADOS N. 83 E 7 DESTA CORTE.

- De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o laudo preliminar de constatação é peça meramente informativa, ficando superadas eventuais irregularidades ocorridas na fase de investigação com a juntada do laudo definitivo. (HC 277.347/AM, Rel.

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 19/03/2014).

- A alegação de não comprovação da materialidade delitiva é vedada em sede de recurso especial, por implicar reexame do arcabouço fático-probatório, ex vi do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 500.179/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015)

E no caso dos autos, a materialidade delitiva ficou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/11), pelo boletim de ocorrência (fls. 13/16), pelo auto de exibição e apreensão do entorpecente (fls. 17/18), pelo auto de constatação preliminar da substância entorpecente (fls. 20/21) e pelo laudo de exame químico-toxicológico com resultado positivo para maconha, cocaína e 'crack' (e-STJ, fls. 242).

Foi o que ficou consignado pela Corte *a quo* por ocasião do julgamento dos embargos de declaração que, ao abordar o tema, consignou que o termo de constatação preliminar, "como referido no próprio texto", se presta tão somente para mera constatação visual dos tóxicos ensejadores da materialidade, não tendo o mesmo valor e o mesmo alcance do exame toxicológico (e-STJ, fl. 439).

Diante disso, não há qualquer nulidade a ser declarada na hipótese.

Relativamente à escolha do regime intermediário para o início do resgate da pena, tampouco há o que se reparar na decisão agravada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As instâncias ordinárias fixaram o regime inicial fechado, considerando a gravidade concreta do delito, especificamente a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas.

Sendo assim, embora fosse admissível a estipulação do regime aberto em razão do *quantum* da pena aplicada, qual seja, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a natureza, a quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos (141 g de maconha, 91 g de cocaína e 42 g de *crack*) justificam a escolha do regime semiaberto, nos termos da jurisprudência pacificada nesta Corte acerca do tema.

Confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNICO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. RAZOÁVEL QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

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.

3. No caso, o Tribunal local fixou o regime fechado com base em fundamentação inidônea, no caso, a hediondez do delito. Dessa forma, considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 11 meses de reclusão, pela primariedade do acusado e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da diversidade e razoável quantidade das drogas apreendidas, deve ser mantido o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto.

(HC 388.364/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 04/05/2017, DJe 10/05/2017).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

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

2. *Pelo princípio da non reformatio in pejus, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo a quo, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.*

3. *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 substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

4. *Não obstante a reprimenda final do paciente seja inferior a 4 anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da quantidade, a natureza e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06).*

5. *"Estando a pena em concreto estipulada em patamar alcançado pelo regime aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal), ainda que existente circunstância judicial desfavorável, mostra-se desproporcional o estabelecimento de regime fechado para o cumprimento da pena, uma vez que o regime semiaberto já se afigura como mais gravoso que aquele previsto na lei" (AgRg no AREsp 615.877/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, Dje 04/08/2015).*

6. *In casu, tendo sido o paciente condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, com a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstâncias judiciais valoradas negativamente (quantidade e qualidade dos entorpecentes apreendidos), revela-se mais adequada a imposição do regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.*

7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente na Ação Penal n.º 0001975-25.2014.8.26.0048.*

(HC 356.550/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Data do Julgamento 18/08/2016, DJe 29/08/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por último, no que diz respeito à detração, constata-se que a alegada ofensa ao art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal não foi objeto de discussão na instância de origem porque sequer foi suscitada nas razões de apelação, tendo sido alvo de insurgência, tão somente, em sede embargos de declaração.

Outrossim, o recurso especial não apontou afronta ao art. 619 do Código de Processo Penal de modo a acusar eventual negativa de prestação jurisdicional pela instância *a quo*. Destarte, é certo que o pleito recursal, nesse ponto, esbarra no óbice da Súmula n. 211/STJ, diante da ausência de prequestionamento do tema.

Por essas razões, **nega-se provimento ao agravo regimental.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0029612-2

AgRg no
REsp 1.653.604 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003411520118260366 20150000867305 20160000188399 3411520118260366 54/2011
5411 542011 RI002S3ZT0000

PAUTA: 03/08/2017

JULGADO: 03/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BRUNO DE OLIVEIRA SANTOS
ADVOGADOS : EDUARDO FERRARI GERALDES - SP215741
JONATHAN FELICIANO E OUTRO(S) - SP378640
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE : BRUNO DE OLIVEIRA SANTOS
ADVOGADOS : EDUARDO FERRARI GERALDES - SP215741
JONATHAN FELICIANO E OUTRO(S) - SP378640
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : FERNANDO SANTANA

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 : BRUNO DE OLIVEIRA SANTOS
ADVOGADOS : EDUARDO FERRARI GERALDES - SP215741
JONATHAN FELICIANO E OUTRO(S) - SP378640
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.