



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.338 - MG (2017/0136227-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : ADAO CARLOS PEREIRA DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VERIFICAÇÃO DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACRÉSCIMO DE FUNDAMENTAÇÃO PELA CORTE ESTADUAL PARA JUSTIFICAR O REGIME FECHADO. INOVAÇÃO RECURSAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DO RECORRENTE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de ser inviável aferir em recurso especial a dedicação ou não à atividade criminosa, para fins de aplicação da redutora do tráfico privilegiado, em face do óbice da Súmula 7 do STJ.

2. Em se tratando do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, variedade e espécie dos entorpecentes apreendidos podem motivar o estabelecimento do regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 2º, do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas.

3. No caso dos autos, embora tenha sido a pena-base fixada no mínimo, a quantidade de drogas foi utilizada para afastar a redutora do tráfico privilegiado e para justificar a fixação do regime fechado. Portanto, presentes elementos concretos que autorizam o recrudescimento do regime.

4. O intuito de debater novo tema - ocorrência de *reformatio in pejus* em razão do acréscimo de fundamentação para a manutenção do regime fechado -, por meio de agrado regimental, não trazido inicialmente no recurso especial, reveste-se de indevida inovação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recursal.

5. Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou compreensão de que, ainda que em sede de recurso exclusivo da defesa, é possível a revisão dos fundamentos apresentados pelas instâncias ordinárias, desde que não agravada a situação do recorrente, sem que tal procedimento caracterize indevida *reformatio in pejus*.

6. 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 Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.

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

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.338 - MG (2017/0136227-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : ADAO CARLOS PEREIRA DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto por ADAO CARLOS PEREIRA DOS SANTOS, condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, contra a decisão de e-STJ fls. 333/336, que conheceu do seu agravo para não conhecer do recurso especial, em virtude da incidência da Súmula 7/STJ.

Em suas razões recursais, a defesa argumenta tratar-se de hipótese de reavaliação de provas, e não de reexame, o que é admitido em sede de recurso especial.

Reafirma que a redutora do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não foi aplicada com base em suposições, e que não pode ser a benesse afastada apenas em virtude na quantidade de droga apreendida. Ressalta que o recorrente preenche todos os requisitos para a aplicação do privilégio, destacando a primariedade e os bons antecedentes.

Aduz que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, motivo pelo qual pleiteia a concessão de regime mais brando para o cumprimento da reprimenda.

Aponta, ainda, a ocorrência de *reformatio in pejus*, uma vez que, em sede de recurso exclusivo da defesa, a fundamentação para manter o regime fechado foi modificada pelo Tribunal local para incluir a quantidade de drogas.

Pugna, em caso de ausência de reconsideração, pela apreciação da decisão agravada pelo colegiado da Quinta Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.338 - MG (2017/0136227-0)

VOTO

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

O recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão ora impugnada, de forma que merece ser integralmente mantida.

Veja o que disse o Magistrado ao afastar a incidência da referida causa de diminuição de pena (e-STJ fls. 148/150):

Registro que deixei de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 por entender que a partir das provas carreadas nos autos, o réu se dedica a atividades criminosas, notadamente o tráfico de drogas.

Não desconheço a primariedade do réu, todavia, há de se ter em conta a considerável quantidade de entorpecentes apreendida, a saber, 20 buchas e 06 porções de maconha, pesando 240 g, e 68 microtubos de cocaína. Insta salientar, ainda, que o réu é conhecido no meio policial devido ao envolvimento com tráfico de drogas, conforme afirmado pelo militar Wellisson em juízo. Por fim, é importante ressaltar a circunstância da abordagem, uma vez que o acusado foi preso em conhecida boca de fumo. O réu não só tentou evadir, como gritou "azul", de modo a avisar aos traficantes sobre a chegada da polícia no local, e resistiu à ação dos policiais, tendo sido necessário o uso de algemas para contê-lo. Tudo isso, comprova o envolvimento do denunciado com a prática de ilícitos penais, motivo pelo qual entendo que o acusado não faz jus à minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06.

[...]

Consigno que a referida norma destina-se somente àquele traficante principiante e, no caso em apreço, não vejo como deferir ao autor o benefício da redução da pena, pois restou demonstrado nos autos que o mesmo dedica-se, habitualmente, ao tráfico de drogas.

Com efeito, esta Corte pacificou entendimento no sentido de ser inviável aferir em recurso especial a dedicação ou não à atividade criminosa, para fins de aplicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reduzora do tráfico privilegiado, em face do óbice da Súmula 7 do STJ.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

I - In casu, o aumento da pena-base acima do mínimo legal encontra-se devidamente justificado na natureza da droga apreendida (crack), uma vez que o art. 42 da Lei n. 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.

II - No que diz respeito ao quantum de exarcerbação - 1 (um) ano acima do mínimo legal -, verifica-se que ele está devidamente justificado em elementos concretos e dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, inexistindo desproporcionalidade ou ilegalidade a justificar a sua redução. Precedentes.

III - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal - aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 - exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias na via eleita. Incidência da Súmula 07/STJ.

Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1697204/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 1/2/2018)

Quanto à fixação do regime fechado para o cumprimento de pena de 5 (cinco) anos de reclusão, extrai-se do voto vencedor dos embargos infringentes que o Tribunal local fundamentou adequadamente a necessidade da manutenção do regime mais rigoroso, ao destacar que a gravidade concreta do delito, evidenciada pela grande quantidade de substâncias apreendidas (240g de maconha, distribuídos em 20 buchas, e 67,4g de cocaína, contidos em 68 microtubos plásticos), o que, inclusive, justificou o não reconhecimento, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terceira etapa da dosimetria, da minorante do tráfico privilegiado.

Assim, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, está devidamente fundamentada a necessidade de uma maior repressão estatal, uma vez que esta Corte tem decidido que, em se tratando do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, variedade e espécie dos entorpecentes apreendidos podem motivar o estabelecimento do regime mais gravoso.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, 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 do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 385.934/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017) - grifei.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

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

(...)

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, com base em elementos concretos dos autos, a saber, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 59 pinos de crack, 138 porções de maconha e 9 invólucros de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 371.857/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017) - grifei.

Ressalte-se, ainda, que a tese de ocorrência de *reformatio in pejus* em razão do acréscimo de fundamentação para a manutenção do regime fechado não pode ser aqui debatida, uma vez que não foi objeto do recurso especial, tratando-se, portanto, de inovação recursal. Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECORRENTE CUJA FUNÇÃO É O TRANSPORTE DA DROGA (MULA). FUNDAMENTOS VÁLIDOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. CRITÉRIO IDÔNEO. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. 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.

2. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em 1/6 (um sexto), mostra-se suficiente nas circunstâncias subjetivas do caso, considerando, para tanto, que a acusada conscientemente atuou a rogo de organização criminosa, para trazer grande quantidade substância entorpecente (10.115g de cocaína) para o Brasil.

3. A valoração negativa da quantidade e natureza do entorpecente constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso.

4. ***"É inviável a discussão, em sede de agravo regimental, de matérias que sequer foram objeto do recurso especial, por se tratar de inovação recursal. (AgRg no AREsp 889.252/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2016.) 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 769.466/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 9/5/2017, DJe 12/5/2017) - (grifei)***

Ademais, a jurisprudência desta Corte entende ser permitida, ainda que em sede de recurso exclusivo da defesa, a revisão dos fundamentos apresentados para a fixação do regime, desde que não agravada a situação do recorrente, sem que tal procedimento caracterize indevida *reformatio in pejus*.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. MANUTENÇÃO DO MODO FECHADO. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. NOVO FUNDAMENTO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES ALCANÇADAS PELO TEMPO DEPURADOR. INDIFERENTE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há se falar em *reformatio in pejus*, por ter a Corte de origem acrescentado fundamento ao manter o regime prisional fechado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecido na sentença, em recurso exclusivo da defesa, pois "a proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente, mas não obsta, por sua vez, que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de jurisdictio - encontre fundamentos e motivação própria, respeitada, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no juízo de origem [...]" (HC 349.015/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/5/2016).

2. A jurisprudência desta Corte é reiterada de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 411.236/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 3/10/2017, DJe 11/10/2017)

Ante o exposto, **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: 2017/0136227-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
AREsp 1.111.338 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024151205499 10024151205499 10024151205499000 10024151205499001
10024151205499002 10024151205499003 10024151205499004
12054993020158130024 3835177

EM MESA

JULGADO: 24/05/2018

Relator

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

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 : ADAO CARLOS PEREIRA DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 : ADAO CARLOS PEREIRA DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

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