



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.687.550 - SP (2017/0189055-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : LUIS CARLOS VIEIRA BARNABE (PRESO)
ADVOGADOS : DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO(S) - SP125000
LUÍS FELIPE DALÓIA - SP336319
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME MAIS GRAVOSO QUE SE MOSTRA DEVIDO. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Diante das peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão da existência de circunstância judicial desfavorável (com a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em virtude da elevada quantidade de drogas apreendidas – 1.986,4 g de cocaína) e da reincidência do acusado, mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Não há impedimento a que, mantida a situação penal do réu, o Tribunal a quem se devolveu o conhecimento da causa, ainda que por força de recurso manejado tão somente pela defesa, possa emitir sua própria e mais apurada fundamentação sobre as questões jurídicas ampla e dialeticamente debatidas no juízo *a quo*, objeto da decisão impugnada no recurso, até para não se correr o risco de inobservar o comando previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

3. Embora o *decisum* recorrido haja mencionado fundamentos não utilizados pelas instâncias ordinárias para manter a imposição do regime inicial fechado, a situação do acusado não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o não provimento do recurso especial, manteve-se o mesmo regime estabelecido pelas instâncias de origem. Não há falar, portanto, em inobservância da regra da *ne reformatio in pejus*.

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de maio de 2018

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.687.550 - SP (2017/0189055-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : LUIS CARLOS VIEIRA BARNABE (PRESO)
ADVOGADOS : DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO(S) - SP125000
LUÍS FELIPE DALÓIA - SP336319
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

LUIS CARLOS VIEIRA BARNABE interpõe agravo regimental contra decisão de minha relatoria, em que neguei provimento ao recurso especial e, por conseguinte, manteve a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena.

O agravante alega que "a fixação do regime inicial se deu exclusivamente ante a hediondez do delito, consubstanciada (absurdamente) na aplicação de inconstitucional artigo de lei" (fl. 456), qual seja, o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Afirma que a decisão ora agravada "lançou mão de impróprio aditamento *extra petita*, em recurso exclusivo da defesa, o que acarreta flagrante violação ao *ne reformatio in pejus*, principalmente pelo fato de que esta Defesa não teve a oportunidade de se contrapor aos argumentos lançados somente neste momento, somente nesta via extraordinária" (fl. 459).

Requer a reconsideração do *decisum* anteriormente proferido ou a submissão do feito a julgamento pelo órgão colegiado, para que seja fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.687.550 - SP (2017/0189055-6)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME MAIS GRAVOSO QUE SE MOSTRA DEVIDO. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Diante das peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão da existência de circunstância judicial desfavorável (com a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em virtude da elevada quantidade de drogas apreendidas – 1.986,4 g de cocaína) e da reincidência do acusado, mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Não há impedimento a que, mantida a situação penal do réu, o Tribunal a quem se devolveu o conhecimento da causa, ainda que por força de recurso manejado tão somente pela defesa, possa emitir sua própria e mais apurada fundamentação sobre as questões jurídicas ampla e dialeticamente debatidas no juízo *a quo*, objeto da decisão impugnada no recurso, até para não se correr o risco de inobservar o comando previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

3. Embora o *decisum* recorrido haja mencionado fundamentos não utilizados pelas instâncias ordinárias para manter a imposição do regime inicial fechado, a situação do acusado não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o não provimento do recurso especial, manteve-se o mesmo regime estabelecido pelas instâncias de origem. Não há falar, portanto, em inobservância da regra da *ne reformatio in pejus*.

4. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Em que pesem os argumentos despendidos pelo ora agravante, entendo que não lhe assiste razão.

O Juiz sentenciante considerou devida a fixação do modo inicialmente **fechado**, nos seguintes termos (fl. 248):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime inicial de pena, no caso, somente pode ser o fechado. Com efeito, diante do disposto no art. 2º da Lei 8.072/90, o qual não é dotado de inconstitucionalidade, em face da gravidade do crime equiparado a hediondo, é de rigor o início do cumprimento da pena em regime inicial fechado.

A Corte estadual, por sua vez, ao julgar o recurso de apelação, manteve a imposição do regime inicial mais gravoso, consoante a seguir descrito (fl. 344):

O regime prisional inicial fechado foi corretamente fixado, em face da natureza do crime, que revela a periculosidade concreta do agente, reincidente e que, com sua conduta, gera instabilidade em inúmeros lares, exigindo, em consequência, resposta penal mais enérgica com a qual a não é compatível solução mais branda. Nesse tópico, é sempre pertinente lembrar que os mercadores de entorpecentes criam um poder paralelo que desafia e se opõe às autoridades constituídas, destrói pessoas e famílias, subjuga comunidades, inteiras, e aniquila o futuro de crianças e jovens, decorrendo de suas condutas gravíssimas consequências para a sociedade.

Imperioso salientar que, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, e afastou, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e de outros a eles equiparados.

Naquele julgamento, ficou expressamente consignado que, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado" (página 2).

Logo na sequência, esclareceu o Ministro Relator, Dias Toffoli, que "tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33 c/c o art. 59 do Código Penal" (páginas 2-3, com destaques no original).

Veja-se, portanto, que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, determinou que a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração **as peculiaridades do caso concreto**, como a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou mesmo a quantidade, a diversidade e/ou a natureza de drogas apreendidas (nos casos de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, **à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal** – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 – se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

Foi exatamente assim que procedeu o *decisum* ora agravado: diante das peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão da existência de **circunstância judicial desfavorável** (tanto que a pena-base ficou estabelecida acima do mínimo legal, em virtude da elevada quantidade de drogas apreendidas – **1.986,4 g de cocaína**) e da **reincidência do acusado**, manteve-se a imposição do regime inicial fechado, como determinam os arts. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

No entanto, afirma o agravante, ainda, que a decisão recorrida "lançou mão de impróprio aditamento *extra petita*, em recurso exclusivo da defesa, o que acarreta flagrante violação ao *ne reformatio in pejus*" (fl. 459), porquanto trouxe novos fundamentos – existência de circunstância judicial desfavorável e reincidência do acusado – para justificar a manutenção do regime inicial fechado.

Não há, contudo, falar que o *decisum* agravado, ao manter a imposição do regime inicial fechado, haja desconsiderado a regra da *ne reformatio in pejus*.

A proibição da *reformatio in pejus*, derivação da regra mais ampla do *favor rei* (LOZZI, Gilberto. *Favor rei e processo penale*. Milano, Giuffrè, 1968, p. 115), traduz-se na vedação a que, em recurso interposto exclusivamente pelo acusado, o Tribunal *a quo* agrave a situação do recorrente, em relação à decisão impugnada, aceita pelo acusador. Proíbe-se, além disso, a *reformatio in pejus* indireta, para impedir que, nos casos em que a decisão impugnada pelo acusado seja anulada pelo tribunal, a nova decisão venha a ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais gravosa aos interesses da defesa.

Sem embargo, não há impedimento a que, **mantida a situação penal do réu**, o Tribunal a quem se devolveu o conhecimento da causa, ainda que por força de recurso manejado tão somente pela defesa, **possa emitir sua própria e mais apurada fundamentação sobre as questões jurídicas ampla e dialeticamente debatidas no juízo *a quo***, objeto da decisão impugnada no recurso, até para não se correr o risco de inobservar o comando previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Como exemplo, cito aresto da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em que se admitiu expressamente a suplementação de fundamentos pelo tribunal *ad quem*:

[...]

1 . Não se comprova a presença de constrangimento ilegal a ferir direito da Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de habeas corpus.

2. Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida.

3. Inexistência de *reformatio in pejus* e inviabilidade do pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

4. Ordem denegada.

(HC n. 101.917/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª T., DJe-026 9/2/2011)

[...]

1. Não se comprova a presença de constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de habeas corpus.

2. Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida.

3. Inexistência de *reformatio in pejus*. [...]

(HC 106.113/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª T., DJe-022, 1/2/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Também aqui no **Superior Tribunal de Justiça**, por ambas as turmas, a questão tem sido enfrentada e decidido tal qual ora proposto:

[...]

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – **na espécie, o emprego de arma de fogo, que gerou temor na vítima, e o disparo efetuado pelo comparsa** –, ainda que o agente seja primário e o *quantum* da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. **Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito – exercendo, portanto, sua soberana função de *juris dictio* – encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.**

4. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apelo – melhor explicita as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitados o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 304.886/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., julgado em 24/2/2015, destaquei.)

[...]

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Esta Corte Superior de Justiça já decidiu no sentido de que o Tribunal de origem não está adstrito aos fundamentos da sentença de 1º grau, uma vez que a apelação criminal tem efeito devolutivo amplo, possibilitando ao Juízo ad quem a ponderação, segundo seu prudente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arbítrio, acerca da dosimetria da pena ou do regime inicialmente imposto, ainda que com novos argumentos, desde que respeitados os limites da pena estabelecida no juízo de origem.

3. No caso *sub judice*, a alteração dos fundamentos para justificar a manutenção do regime prisional, em recurso exclusivo da defesa, não ofende o princípio da *ne reformatio in pejus*, visto que não houve o agravamento da situação do réu.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 307.365/PR, Rel. Ministro **Walter de Almeida Guilherme** (Desembargador Convocado do TJ/SP, 5ª T., DJe 19/12/2014, destaquei.)

No caso, conforme visto, embora o *decisum* recorrido haja mencionado fundamentos não utilizados pelas instâncias ordinárias para manter a imposição do regime inicial fechado, verifico que a situação do acusado não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o não provimento do recurso especial, manteve-se **o mesmo regime** estabelecido pelas instâncias de origem.

Diante de tais considerações e, sobretudo, em razão de **o acusado ostentar circunstância judicial desfavorável, haver sido apreendido com quase 2 quilos de cocaína e ser reincidente**, deve ser mantida inalterada a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena.

À vista do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0189055-6

AgRg no
REsp 1.687.550 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000334020148260635 20160000689751 20170000045841 334020148260635 9/2015
92015 RI0038NPZ0000

EM MESA

JULGADO: 17/05/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIS CARLOS VIEIRA BARNABE (PRESO)
ADVOGADOS : DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO(S) - SP125000
LUÍS FELIPE DALÓIA - SP336319
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 : LUIS CARLOS VIEIRA BARNABE (PRESO)
ADVOGADOS : DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO(S) - SP125000
LUÍS FELIPE DALÓIA - SP336319
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.