



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.471 - RS (2015/0239497-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : VALDIR SCHUH
AGRAVANTE : NOELI SCHUH
ADVOGADO : THIAGO BANDEIRA MACHADO E OUTRO(S) - RS082386
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. APELAÇÃO DEFENSIVA. AFASTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. VERIFICAÇÃO DE NOVOS FUNDAMENTOS APTOS PARA MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. *REFORMATIO IN PEJUS*. INEXISTÊNCIA, DESDE QUE NÃO AGRAVADA A SITUAÇÃO DO APENADO. TESE SURGIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTERESSE RECURSAL E PREQUESTIONAMENTO. RECONHECIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Surgida apenas no acórdão da apelação defensiva a tese referente à impossibilidade de se acrescentar fundamento novo para a fixação da pena-base, sob pena de se proceder em *reformatio in pejus* e opostos embargos de declaração, procedendo o colegiado *a quo* ao seu debate, está configurado o interesse recursal do Ministério Público, assim como o prequestionamento da matéria.

2. O efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza que Tribunal *ad quem*, ainda que em recurso exclusivo da defesa, proceda à revisão das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, alterando os fundamentos para justificar a manutenção da pena-base exasperada, não havendo falar em *reformatio in pejus*, se a situação do sentenciado não é agravada.

3. Agravo regimental improvido.

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.

Brasília (DF), 16 de maio de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.471 - RS (2015/0239497-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : VALDIR SCHUH
AGRAVANTE : NOELI SCHUH
ADVOGADO : THIAGO BANDEIRA MACHADO E OUTRO(S) - RS082386
ACUSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Cuida-se de regimental interposto por VALDIR SCHUH e NOELI SCHUH contra decisão unipessoal desta Relatoria, de provimento do recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, ante a possibilidade do Tribunal proceder à revisão das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, ainda que em apelação exclusiva da defesa, alterando a motivação adotada para justificar a manutenção da pena-base exasperada, sem que isso importe em *reformatio in pejus*, se a situação do sentenciado não for agravada.

Alegam os agravantes, em síntese, não ter a tese referente ao artigo 42 da Lei n. 11.343/06, qual seja, a utilização da natureza e quantidade da droga para a majoração da pena-base, sido objeto da apelação do Ministério Público, impossibilitando a sua insurgência em recurso especial.

Sustentam, também, que o restabelecimento da sentença, em que se aplicou pena restritiva de liberdade em patamar mais elevado com relação ao acórdão em apelação defensiva importou em *reformatio in pejus*.

Requerem, ao final, o encaminhamento dos autos ao Órgão colegiado, dando-se provimento ao regimental, inadmitindo o apelo nobre o Ministério Público.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.471 - RS (2015/0239497-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Os elementos existentes nos autos dão conta que VALDIR SCHUH e NOELI SCHUH foram denunciados pela prática da conduta descrita nos artigos 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/06, c/c 61, inciso I, do Código Penal por terem, de maneira estável e permanente, praticado atividade de narcotraficância, guardando e mantendo em depósito 904g de cocaína, distribuída em 42 buchas, escondidas em diversos pontos da residência, além de R\$62.350,00 em espécie, 3 automóveis e 4 motocicletas.

A imputação foi julgada parcialmente procedente, reformada a sentença para redimensionar a pena pelo crime de tráfico para 6 anos de reclusão para a acusada Noeli e 5 anos e 6 meses para o réu Valdir, assim como para condená-los pelo crime de associação, fixando a reprimenda corporal em 4 anos para a primeira e 3 anos e 6 meses para o segundo.

Interposto recurso especial pelo *Parquet*, alegou-se contrariedade aos artigos 42 da Lei nº 11.343/06; 59 do Código Penal; e 387, II e 617, ambos do Código de Processo Penal, sustentando que, apesar de o Juízo singular não ter considerado a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos e a existência de antecedentes criminais na fixação da pena-base, não haveria óbice para o Tribunal de origem sopesá-las em recurso exclusivo da defesa. Aduziu, ainda, afronta ao artigo 619 do Código de Processo Penal, por não ter o Tribunal de origem se pronunciado quanto à possibilidade de manutenção da pena fixada, mas por fundamentos não adotados na sentença.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal ofertou parecer pelo seu acolhimento.

Por decisão monocrática desta Relatoria, foi-lhe dado provimento, sob o fundamento de que, considerando o efeito devolutivo amplo do recurso de apelação, está o Tribunal autorizado a proceder à revisão das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, ainda que em recurso exclusivo da defesa, alterando a motivação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adotada para justificar a manutenção da pena-base exasperada, sem que esse procedimento importe em *reformatio in pejus*, se a situação do sentenciado não for agravada.

Daí a apresentação deste regimental.

A irresignação, porém, não merece prosperar.

Isso porque, em que pese tenha o Ministério Público, em sua apelação, postulado a majoração da pena-base tão-somente em atenção aos motivos e circunstâncias do crime, o Tribunal de origem, ao analisar a dosimetria da pena afastou a pretensão ministerial, tendo reconhecido, no entanto, que a quantidade e a natureza da droga, assim como os maus antecedentes do réu Valdir poderiam ser utilizados nesta fase, não o fazendo sob o entendimento de que esse procedimento implicaria *reformatio in pejus*.

Diante desse fundamento, surgido apenas quando do julgamento da apelação defensiva perante a Corte Gaúcha, o *parquet* estadual opôs embargos de declaração, indicando omissão no julgado, porquanto "*reconhecida a existência de circunstâncias judiciais negativas, obrigatoriamente deveria ter levado em conta as respectivas operadora na fixação do apenamento básico relacionado ao crime pelo qual a acusação postulou a condenação dos réus*" (fl. 618).

Rejeitados os aclaratórios, por não se vislumbrar qualquer vício no acórdão embargado, consignou-se que o artigo 42 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicado na espécie em razão da vedação à *reformatio in pejus*, prequestionando a tese e surgindo o interesse recursal da acusação em vê-la analisada por esta Corte Superior.

Mutatis mutandis, confirmam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. [...]. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NºS 282 E 356 DO STF POR ANALOGIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. Consoante jurisprudência pacificada nesta Corte, surgida a questão federal no julgamento da apelação, sem que o Tribunal de origem tenha se pronunciado a respeito, cabe à parte provocar o seu exame mediante oposição de embargos declaratórios, sob pena de inviabilizar a admissibilidade do recurso por falta de prequestionamento. (AgRg no REsp 1.519.425/PR, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 13/5/2015).

[...]

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 684.319/MG, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJe 10/06/2016)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. [...]. ARTIGOS 472 E 535 DO CPC. TESES NÃO PREQUESTIONADAS. [...].

1. O requisito do prequestionamento pressupõe prévio debate da questão pelo Tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados.

2. Ainda que a pretensa violação de lei federal tenha surgido no julgamento do acórdão recorrido, é indispensável a oposição de embargos de declaração para que o Tribunal de origem se manifeste sobre a questão, sob pena de não restar satisfeito o requisito do prequestionamento, atraindo, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1395692/SP, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 05/08/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. [...]. QUESTÃO SURGIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. PRECEDENTES.

1. Consoante jurisprudência pacificada nesta Corte, surgida a questão federal no julgamento da apelação, sem que o tribunal de origem tenha se pronunciado a respeito, cabe à parte provocar o seu exame mediante oposição de embargos declaratórios, sob pena de inviabilizar a admissibilidade do recurso por falta de prequestionamento.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1154867/ES, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe 08/09/2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PRONÚNCIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO NO INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. EFEITO INTEGRATIVO. QUESTÃO SURGIDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CAUTELARIDADE. ATUALIDADE.

1. É inadmissível o recurso especial acerca de questão surgida no julgamento e sobre a qual não foram opostos declaratórios para fins de prequestionamento. (Enunciados 282 e 356/STF).

[...]

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1195873/MT, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 21/06/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destarte, surgida apenas no acórdão da apelação da defesa a tese referente à impossibilidade de se acrescentar fundamento novo para a fixação da pena-base, sob pena de se proceder em *reformatio in pejus*, e opostos embargos de declaração, procedendo o colegiado a *quo* ao seu debate, está configurado o interesse recursal do Ministério Público, assim como o prequestionamento da matéria.

Na espécie, apesar de o Tribunal de origem reconhecer a possibilidade de se considerar a natureza e a quantidade da droga apreendida e os antecedentes criminais para majorar a pena-base, deixou de fazê-la em razão do princípio da *non reformatio in pejus*, *in verbis*:

[...]

*Como se vê, as penas foram afastadas do mínimo legal em razão de duas circunstâncias consideradas desfavoráveis: **a culpabilidade e as consequências**, ambas sob o argumento de que o tráfico de drogas é considerado grande mazela social.*

No entanto, as circunstâncias judiciais a que se refere o artigo 59 do Código Penal devem ser avaliadas de acordo com uma particularidade específica do caso, um elemento que não possa se estender a todas as outras situações semelhantes, sob pena de configurar-se circunstância comum ao tipo penal.

A valoração negativa da culpabilidade, por exemplo, quando esta é a consciência da ilicitude e dos destrutivos efeitos da droga, é consideração que se aplica a todos os casos de tráfico, não constituindo qualquer característica específica que interfira na individualização da pena. Trata-se, portanto, de elementar do tipo penal. O mesmo com relação às consequências – a temerária difusão de entorpecentes. Assim, devem ser afastados os aumentos relativos à culpabilidade e consequências.

De outro lado, observo que o juiz deixou de considerar a natureza e a quantidade da droga, vetor que necessitaria também de análise, e também os antecedentes criminais, tendo em vista que o réu Valdir possui condenação criminal transitada em julgado em data posterior ao fato denunciado (017/2.03.0000549-5).

*Não obstante, embora o Ministério tenha recorrido e pleiteado o aumento da pena-base, restringiu-se a requerer maior reprimenda pelos motivos e circunstâncias do delito, furtando-se a notar a existência destes outros dois vetores. Assim, pela impossibilidade de *reformatio in pejus*, deixo de reconhecê-los (e-STJ, fls. 593/594 - sem destaques no original).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se que a Corte de origem excluiu as circunstâncias judiciais negativas relacionadas à culpabilidade e às consequências do crime, reconhecendo que a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, bem como os antecedentes criminais, poderiam justificar a majoração da pena-base, mas não o fez em nome do princípio da *non reformatio in pejus*.

Contudo, tal entendimento confronta-se com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, no sentido de que o efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza que Tribunal *ad quem*, ainda que em recurso exclusivo da defesa, proceda à revisão das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, alterando os fundamentos para justificar a manutenção da pena-base exasperada, não havendo falar em *reformatio in pejus*, se a situação do sentenciado não é agravada.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. 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, o que ocorreu na espécie.

[...]

4. Ordem não conhecida.

(HC 349.015/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 2/5/2016).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. CORRUPÇÃO PASSIVA. DESCLASSIFICAÇÃO DELITIVA NO SEGUNDO GRAU. DOSIMETRIA. NOVA PENA. REDUÇÃO. PERCENTUAL DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO DO APELO. PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

[...]

4. O efeito devolutivo amplo da apelação autoriza o Tribunal a quo, ainda que em recurso exclusivo da defesa, a proceder à revisão das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, a fim de reestruturar a pena-base, não havendo que se falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não foi agravada.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 279.080/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 3/12/2015, DJe 3/2/2016).

Observa-se que o entendimento proferido pelo Tribunal de origem divergiu da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tornando necessário a sua reforma, tal como operado pela decisão ora agravada, redimensionando-se a reprimenda corporal.

E, se fossem consideradas a natureza e a quantidade da droga apreendida, assim como os maus antecedentes e a reincidência do réu Valdir, seria aplicada a fração de aumento corresponde a 1/6 (um sexto) para cada um dos pontos negativos. O mesmo quantitativo seria aplicado quando da incidência do artigo 42 da Lei n. 11.343/06 e para reincidência quanto à ré Noeli.

Contudo, se assim for procedido, a nova pena privativa de liberdade ficaria maior do que aquela fixada pelo Togado singular, razão pela qual o restabelecimento da sentença condenatória quanto ao crime de tráfico de drogas não implicou em *reformatio in pejus*.

Nega-se provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0239497-2

AgRg no
REsp 1.558.471 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00047005520138210017 00072380920138210017 00511802620158217000
01721300027497 05319163420138217000 47005520138210017 70058072893
70061743258 70063658025 70065325755 70065779712 72380920138210017

PAUTA: 16/05/2017

JULGADO: 16/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : VALDIR SCHUH
RECORRENTE : NOELI SCHUH
ADVOGADOS : FERNANDA TRAJANO DE CRISTO E OUTRO(S) - RS046826
FELIPE IMMICH - RS087978
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : OS MESMOS

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 : VALDIR SCHUH
AGRAVANTE : NOELI SCHUH
ADVOGADO : THIAGO BANDEIRA MACHADO E OUTRO(S) - RS082386
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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.