



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.032.587 - SP (2016/0332942-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : RAFAEL JÚNIOR VALÉRIO
ADVOGADO : EDUARDO FERRARI GERALDES E OUTRO(S) - SP215741
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. PEDIDO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, dentre outras razões, ante a importante quantidade do entorpecente apreendido, (42 invólucros de cocaína), o que denota que o recorrente se dedica à atividade criminosa. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na via do recurso especial. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

3. "É descabido requerer a concessão de *habeas corpus* de ofício, pois a expedição deste pressupõe, justamente, a inexistência de postulação prévia da medida concedida" (AgRg no AREsp 199.440/MG, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 5/9/2012).

4. Agravo regimental improvido.

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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de março de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.032.587 - SP (2016/0332942-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : RAFAEL JÚNIOR VALÉRIO
ADVOGADO : EDUARDO FERRARI GERALDES E OUTRO(S) - SP215741
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão de e-STJ fls. 595/600, de minha relatoria, em que conheci do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial apenas para alterar o regime prisional para o semiaberto.

Reitera a defesa que o agravante preenche todos os requisitos para que lhe seja aplicada a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ressaltando ser inexpressiva a quantidade do entorpecente apreendido. Pugna, por fim, pela concessão de *habeas corpus* de ofício.

Objetiva, assim, a reconsideração da decisão agravada ou a remessa do feito à apreciação da Turma a fim de que o agravo seja provido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.032.587 - SP (2016/0332942-8)

VOTO

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

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, deduz-se das razões recursais que o agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, *in verbis* (e-STJ fls. 595/600):

Os elementos existentes nos autos noticiam que o Tribunal de São Paulo negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao apelo ministerial para aumentar a pena do recorrente para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, em razão do reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

No recurso especial, a defesa alega que o recorrente preenche os requisitos para a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não sendo a quantidade da substância apreendida fundamento idôneo para sua não aplicação.

O acórdão recorrido à e-STJ fl. 346 registra que o referido redutor não foi aplicado porque ficou comprovado, diante da importante quantidade da substância apreendida (42 invólucros de cocaína), aliado ao fato de ter sido surpreendido na companhia do réu TACIANO, sem atividade lícita comprovada, que o recorrente se dedicava a atividades ilícitas, o que está em harmonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior. Confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º). CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. REITERAÇÃO DE PEDIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o presente writ não merece ser conhecido, pois impetrado em substituição ao recurso próprio. Embora seja possível a concessão da ordem, de ofício, se constatada a existência de manifesta ofensa à liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de locomoção do paciente, essa não é a hipótese dos autos.

2. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art.

33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada na origem em razão das circunstâncias do delito e da quantidade de droga, elementos que denotam a dedicação do agente a atividades criminosas. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame de provas, vedado em habeas corpus.

3. O pedido de alteração do regime prisional foi formulado e apreciado no HC n. 360.190/SP (DJe de 22/9/2016).

Habeas corpus não conhecido. (HC 372.669/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 24/11/2016)

Veja-se que, para se perquirir acerca da participação ou não do recorrente em atividade criminosa, é necessário o revolvimento de fatos e provas, providência inadmissível em recurso especial, ante o óbice do verbete n. 7 da Súmula deste Tribunal.

A defesa alega, ainda, que o regime fechado foi fixado com base na gravidade abstrata do delito e que considerando o quantum da pena aplicada e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis é cabível o regime semiaberto. Sobre a questão, confira-se o seguinte trecho do acórdão estadual:

Foi fixado o regime inicial fechado para os dois réus, com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07.

Para fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda, não se pode deixar de lado que o regime prisional tem como objetivo reeducar o indivíduo insubordinado à lei e proteger a sociedade, que não pode ficar à mercê do infrator.

O art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal dispõe que o condenado poderá, desde o princípio, cumprir a pena em regime inicial aberto, quando a pena for igual ou inferior a 4 anos.

Entretanto, tal dispositivo deve contar com a observância do seu § 3º, que dispõe: "A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código", o que justifica a fixação do regime inicial fechado no presente caso.

O crime de tráfico ilícito de entorpecentes é de natureza muito grave e causa repulsa da sociedade. É equiparado a hediondo. Portanto, deve ser reprimido com severidade. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/07.

Esta Colenda Câmara já assentou o entendimento que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes merece maior reprovabilidade em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão de sua gravidade e pelas conseqüências nefastas que sua prática tem na sociedade. (e-STJ fls. 348/349)

Esta Corte já decidiu que, para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

In casu, constata-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal (e-STJ fl. 345), o recorrente é primário e a pena não excede a oito anos, razão pela qual o regime prisional adequado à espécie é o semiaberto. Nessa linha:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ROUBO MAJORADO. REGIME PRISIONAL. SÚMULA N. 440/STJ. INOBSERVÂNCIA PELO JULGADOR. FLAGRANTE ILEGALIDADE.

[...]

2. A sentença e o acórdão impugnados, quando estipularam o regime fechado com amparo nas assertivas genéricas de que o crime de roubo é grave e causa desassossego da sociedade, deixaram de observar a Súmula n. 440 deste Superior Tribunal, 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."

3. A pena-base fixada na espécie corresponde ao mínimo legal, porquanto primário o réu e favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão. Assim, a teor dos arts. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, c/c 59, ambos do Código Penal, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto (HC 330.235/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 21/10/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. DIVERSIDADE DE VÍTIMAS. PATRIMÔNIOS DISTINTOS. CONFIGURAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE RECONHECIDA. ENUNCIADO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E N.718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Superior Tribunal de Justiça - STJ consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo majorado, em fração mais elevada que 1/3 (um terço), demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de causas de aumento. Nesse diapasão, a Súmula n. 443/STJ.

3. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem destacou fundamentação concreta que justifica a exasperação em patamar acima do mínimo legal, na terceira fase da dosimetria, em face da superioridade numérica dos agentes envolvidos na empreitada criminosa, além de emprego de arma, indicando maior reprovabilidade da conduta.

4. Inviável o acolhimento da tese de crime único, uma vez que as instâncias ordinárias, com base nas provas colhidas nos autos, entenderam pela configuração do concurso formal de crimes, consignando expressamente que foi violado o patrimônio de duas vítimas distintas.

5. Firmou-se nesta Corte a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n.

440 da Súmula desta Corte, que prevê: "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." 6. In casu, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, cabível a imposição do regime inicial semiaberto para o cumprimento da sanção corporal, ante a inexistência de motivação concreta que justifique o regime mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

341.305/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 10/6/2016).

Inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

*Ante o exposto, com amparo no art. 932, VII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", parte final, do RISTJ, **conheço do agravo e dou parcial provimento ao recurso especial** para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal.*

Publique-se. Intimem-se.

Em relação ao pedido de *habeas corpus* de ofício, cumpre registrar que, caso a parte entenda configurado constrangimento ilegal passível de correção, por meio de *habeas corpus*, deve esta impetrá-lo, não sendo apropriado, em sede recursal, o requerimento de concessão da ordem, de ofício, uma vez que tal medida demanda o exame, por parte exclusivamente do julgador, de ocorrência ou iminente ocorrência de coação ilegal (EDcl no AgRg no REsp 1.207.050/AL, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 19/02/2013).

Ainda nessa linha o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. DELITO DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. EXCESSO DE LINGUAGEM. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

- "É descabido requerer a concessão de habeas corpus de ofício, pois a expedição deste pressupõe, justamente, a inexistência de postulação prévia da medida concedida." (AgRg no AREsp 199.440/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 5/9/2012).

Agravo regimental provido. (AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 642.639/RR, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO – Desembargador Convocado do TJ/SP –, SEXTA TURMA, DJe 07/12/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com essas considerações, **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: 2016/0332942-8

AgRg no
AREsp 1.032.587 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00168918920128260224 002370000 110032012000544 2240120120168 2370000 544/2012
5442012 RI0023Y7D0000

EM MESA

JULGADO: 07/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : RAFAEL JÚNIOR VALÉRIO
ADVOGADO : EDUARDO FERRARI GERALDES - SP215741
AGRAVANTE : TACIANO MENDES DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : 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 : RAFAEL JÚNIOR VALÉRIO
ADVOGADO : EDUARDO FERRARI GERALDES E OUTRO(S) - SP215741
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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.