



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 557.934 - SP (2014/0183753-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : BRUNO RAFAEL YAMAMOTO MACHADO
ADVOGADO : EUNICE DAMARIS ALVES PEREIRA - SP130235
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

REGIMENTAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS E DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE PARA USO PRÓPRIO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE.

A pretensão de absolvição pela fragilidade das provas, bem como da desclassificação da conduta de tráfico de substância entorpecente para o delito de porte para uso próprio mostra-se incabível na via estreita do remédio constitucional por demandar o necessário cotejo fático-probatório, atraindo o óbice da Súmula 7/STJ.

CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. RÉU REINCIDENTE. NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NO DISPOSITIVO LEGAL EM QUESTÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.

1. Não é possível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 ao réu reincidente, pois não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse. Precedentes.

2. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Sodalício, a utilização da agravante da reincidência para fins de obstar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas não configura indevido *bis in idem*.

REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. AGENTE REINCIDENTE. GRAVIDADE CONCRETA DA INFRAÇÃO. MODO FECHADO JUSTIFICADO.

A reincidência do condenado e a gravidade concreta do crime, evidenciada pela quantidade e natureza mais lesiva do tóxico encontrado, justificam a imposição do regime fechado para o inicial cumprimento da pena.

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO NOS TERMOS LEGAIS. RECURSO IMPROVIDO.

1. O conhecimento do recurso especial interposto pela alínea c do permissivo constitucional exige a demonstração do dissídio jurisprudencial, nos termos do artigo 255, § 2.º, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, com a redação vigente à época da interposição da insurgência.

2. Na espécie, deixou o recorrente de realizar o cotejo analítico entre os acórdãos confrontados, destacando que foram adotadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

soluções diversas em litígios semelhantes, sendo insuficiente a mera transcrição de excerto do julgado apontado como paradigma.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

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), 25 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 557.934 - SP (2014/0183753-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : BRUNO RAFAEL YAMAMOTO MACHADO
ADVOGADO : EUNICE DAMARIS ALVES PEREIRA - SP130235
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Cuida-se de regimental interposto por BRUNO RAFAEL YAMAMOTO MACHADO contra decisão do Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), que conheceu do seu agravo para negar-lhe provimento, ante o óbice da Súmula 7/STJ quanto aos pleitos de absolvição, acerca do preenchimento dos requisitos para a incidência do tráfico privilegiado e quanto ao regime inicial de cumprimento da pena fixado, além da incidência da Súmula 83/STJ nos dois últimos pontos.

Alega o agravante, em síntese, que a reincidência não específica permite o reconhecimento do tráfico privilegiado, considerando, ainda, ter essa circunstância sido adotada para o aumento da reprimenda.

Sustenta, também, ter provado sua dependência química, razão pela qual se deve desclassificar a conduta para o artigo 28 da Lei n. 11.343/06.

Aduz, outrossim, fazer jus a regime menos gravoso para o início do cumprimento da pena.

Pondera, da mesma forma, ter interposto o recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional.

Requer, ao final, o provimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 557.934 - SP (2014/0183753-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Os elementos existentes nos autos dão conta de que BRUNO RAFAEL YAMAMOTO MACHADO foi denunciado pela prática da conduta descrita no artigo 33 da Lei n. 11.343/06, por trazer consigo 15 (quinze) tubos tipo *eppendorf*, contendo 10,3g de cocaína, e R\$85,00 (oitenta e cinco reais).

A imputação foi julgada procedente, reformada a sentença tão somente para reduzir a pena para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Interposto recurso especial, alegou-se violação aos artigos 386, VII, do Código de Processo Penal e 28 da Lei n. 11.343/06, pretendendo-se a absolvição ou a desclassificação da conduta. Sustentou, também, a aplicabilidade do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, por não ser reincidente específico. Aduziu, ainda, ofensa aos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal, pleiteando a fixação de regime prisional menos gravoso.

Inadmitido pelo Juízo Prévio de Admissibilidade, foi protocolado o correspondente agravo.

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

Por decisão monocrática do Excelentíssimo Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), se conheceu do agravo para negar-lhe provimento, ante o óbice da Súmula 7/STJ quanto aos pleitos de absolvição, acerca do preenchimento dos requisitos para a incidência do tráfico privilegiado e quanto ao regime inicial de cumprimento da pena fixado, além da incidência da Súmula 83/STJ nos dois últimos pontos.

Daí a apresentação deste regimental.

A irresignação, porém, não merece prosperar.

Inicialmente, quanto aos pleitos de absolvição e desclassificação, assim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se pronunciou o Tribunal de origem:

A decisão de primeira instância a rigor dispensa acréscimo de fundamentação, quanto ao mérito, considerando que o seu ilustre subscritor colocou em destaque, e mediante sólidos argumentos, que a responsabilidade do réu no que se refere ao tráfico de entorpecentes é indubitosa, cabendo o registro, relevantíssimo, de que nada nos autos autoriza a conclusão de que os policiais responsáveis pelo esclarecimento da autoria eram suspeitos e forçaram provas em desfavor do acusado. Muito ao contrário, os policiais foram firmes na acusação que fizeram em juízo, confirmando que o réu foi abordado em situação suspeita.

[...]

O crime é mesmo o do art. 33 da Lei nº 11.343/06, considerando as circunstâncias da prisão de Bruno Rafael, na via pública e trazendo consigo 15 porções de cocaína, além de ser surpreendido em atitude característica de traficância, entregando algo para motorista de veículo.

Nessas condições, impossível a absolvição reclamada com veemência pela douta defensoria, também não sendo possível a desclassificação para o art. 28 (fls.223/225).

Da leitura do excerto transcrito, infere-se que o Tribunal de origem, após o reexame dos elementos colhidos no curso da instrução criminal, concluiu pela existência, nos autos, de elementos concludentes para fundamentar o decreto condenatório, assim como não ter ficado comprovado que a droga seria para consumo próprio.

Desconstituir o julgado, por suposta violação à lei federal, no intuito de abrigar o pleito defensivo de absolvição ou a desclassificação da conduta, não encontra espaço na via eleita, porquanto seria necessário a este Sodalício aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência incabível na via eleita, conforme já assentado pelo Enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. [...]. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O reconhecimento da alegada violação do dispositivo infraconstitucional aduzida pelos agravantes, para decidir pela absolvição ou pela desclassificação do delito de tráfico de drogas, demanda imprescindível revolvimento do acervo fático-probatório



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delineado nos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor do enunciado sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 884.386/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 23/03/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA PORTE ILEGAL DE DROGA PARA USO PRÓPRIO. OBSTÁCULO INTRANSPONÍVEL DA SÚMULA 7. [...]. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Como já referido, para esta Corte Superior de Justiça absolver o agravante ou desclassificar sua conduta para porte ilegal de drogas para uso próprio teria, necessariamente, de rever todo o acervo fático probatório, o que é proibido pela Súmula 7.

[...]

8. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 899.303/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/02/2017)

D'outra parte, o acórdão recorrido afastou a incidência do tráfico privilegiado em razão da reincidência do acusado, *in verbis*:

Descabida a redução com base no art. 33, §4º, da Lei de Tóxicos, justamente em razão da recidiva, sendo tal dispositivo expresso no sentido de que o benefício somente é aplicável nos casos em que o réu for primário e de bons antecedentes. Não é a hipótese dos autos (fl. 225).

Desse excerto extrai-se que o entendimento proferido está em harmonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal, uma vez que não é possível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 ao réu reincidente, pois não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. REINCIDÊNCIA DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. O entendimento consignado pelas instâncias originárias está em conformidade com a orientação firmada neste Tribunal Superior, segundo a qual "A reincidência impede a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, porquanto um dos requisitos legais para a sua incidência é a primariedade do acusado" (HC 360.200/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 1/9/2016, DJe 6/9/2016).

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 960.413/ES, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 06/04/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVAMENTO DA SANÇÃO NA SEGUNDA E NA TERCEIRA ETAPA. REINCIDÊNCIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. RÉU REINCENTE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. DETRAÇÃO. DESCONTO DO PERÍODO EM QUE FICOU PRESO INDEVIDAMENTE EM AÇÃO PENAL ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de um sexto a dois terços, são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

3. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

4. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a utilização da agravante de reincidência para majorar a pena, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas não caracteriza o ofensa ao princípio do non bis in idem, visto que resta afastado o requisito da primariedade do agente.

5. Não ocorre bis in idem quando a reincidência é sopesada tanto para agravar a pena como para justificar o regime mais grave segundo o quantum da pena aplicada, visto que a fixação do modo inicial de cumprimento de pena não se insere no âmbito da dosimetria da reprimenda.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 363.761/TO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 18/11/2016)

E, desse último precedente, observa-se que a utilização da reincidência como agravante, assim como para obstar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas não configura indevido *bis in idem*.

Da mesma forma, a reincidência do condenado e a gravidade concreta do crime por ele cometido, especialmente em razão da quantidade e da natureza mais lesiva dos entorpecentes capturados em seu poder - 15 (quinze) tubos tipo *eppendorf*, contendo 10,3g de cocaína -, justificam a imposição do regime mais severo.

Nesse diapasão, tem-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. REGIME ESTABELECIDO COMO CONSECUTÓRIO DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - Na presente hipótese, verifica-se que as circunstâncias judiciais da natureza e quantidade da droga (99 porções de cocaína, 64 porções de crack e 102 porções de maconha) e da agravante da reincidência foram valoradas em desfavor do paciente, o que demonstra a adequada aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o fechado), nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 364.238/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 14/03/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. [...]. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PACIENTE REINCENTE. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. PACIENTE REINCENTE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. 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. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado considerando-se a quantidade das drogas (31 pinos de cocaína, 19 pinos de crack e 31 porções de maconha) e a natureza de uma das substâncias entorpecentes apreendidas (crack) (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), não há constrangimento ilegal a ser sanado. Ademais, trata-se de paciente reincidente condenado a pena superior a 4 anos de reclusão, o que torna inviável a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 356.870/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 01/08/2016)

Por fim, ainda que o recurso especial também esteja fundamentado na alínea "c" do permissivo constitucional, está consolidado nesta Corte que o conhecimento do recurso especial pela divergência jurisprudencial impõe a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstração efetiva do dissídio entre o aresto impugnado e o acórdão paradigma, no qual se deverá explicitar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, com pronunciamentos judiciais diametralmente opostos.

Sobre o tema, já se decidiu que, "*conforme disposição do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, quando o recurso interposto estiver fundado em dissídio pretoriano, deve a parte colacionar aos autos cópia dos acórdãos em que se fundamenta a divergência, bem como realizar o devido cotejo analítico, demonstrando, de forma clara e objetiva, a suposta incompatibilidade de entendimentos e a similitude fática entre as demandas.*" (AgRg no REsp 1274612/RJ, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 15/03/2016).

Nesse sentido, vejamos-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE. PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O ABERTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

3. Não se conhece do recurso especial interposto com base na alínea c do inciso III do art. 105 da CF quando ausente a demonstração da divergência jurisprudencial, mediante o pertinente cotejo analítico, nos moldes estabelecidos nos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1499433/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/09/2015)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - AUSÊNCIA DO ADEQUADO COTEJO ANALÍTICO - INADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS QUANTO AOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A mera transcrição de ementas ou mesmo dos acórdãos confrontados não constitui cotejo analítico, que demanda a demonstração inequívoca da identidade das hipóteses fáticas.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 660.310/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 20/08/2014)

Das razões recursais, observa-se que o recorrente procedeu tão somente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à transcrição de excerto do julgado paradigma, deixando de evidenciar, através do cotejo analítico, que se tratariam de circunstâncias fáticas semelhantes, às quais foram dadas interpretações judiciais diferentes.

Destarte, não foi demonstrada a divergência jurisprudencial.

Nega-se, portanto, provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0183753-5

AgRg no
AREsp 557.934 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00135437320108260114 1140120100135433 135437320108260114 20100135433

EM MESA

JULGADO: 25/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : BRUNO RAFAEL YAMAMOTO MACHADO
ADVOGADO : EUNICE DAMARIS ALVES PEREIRA - SP130235
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 : BRUNO RAFAEL YAMAMOTO MACHADO
ADVOGADO : EUNICE DAMARIS ALVES PEREIRA - SP130235
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.