



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.527.174 - SP (2019/0182606-9)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
AGRAVANTE : LUIZ FERNANDO ALBUQUERQUE
ADVOGADO : LUIZ HENRIQUE CHEREGATO DOS SANTOS - SP270677
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO ESPECIAL. INADMISSÃO NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182 DO STJ.

I - Agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão agravada não pode ser conhecido (**súmula 182 do STJ**).

II - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59 do CP - ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e circunstâncias judiciais totalmente favoráveis com a fixação da pena-base no mínimo legal -, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional semiaberto. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

Agravo regimental **não conhecido**. **Habeas corpus** concedido de ofício para tão-somente para fixar o regime inicialmente semiaberto.

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, não conhecer do agravo regimental, contudo, conceder **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo
(Desembargador Convocado do TJ/PE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.527.174 - SP (2019/0182606-9)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
AGRAVANTE : LUIZ FERNANDO ALBUQUERQUE
ADVOGADO : LUIZ HENRIQUE CHEREGATO DOS SANTOS - SP270677
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE): Trata-se de agravo regimental interposto por **LUIZ FERNANDO ALBUQUERQUE** contra **decisão** da Presidência desta Corte Superior, que não conheceu do agravo em recurso especial, em razão da ausência de impugnação aos fundamentos do **decisum** agravado (fls. 338-339).

Consta dos autos que o ora agravante foi condenado, em primeiro grau, às penas de **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**; substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, pela prática do crime descrito no artigo 33, c.c o § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 179-180) .

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa e deu provimento ao reclamo ministerial, para afastar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e a substituição da pena corporal, bem como o regime prisional, ficando redimensionada a pena para **5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa**, consoante a ementa **verbis** (fls. 253-254):

"Tráfico de drogas - Recurso do Ministério Público pleiteando o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, ou a aplicação da redução na fração mínima, o afastamento da substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos e a fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena - Recurso defensivo buscando a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a fixação do regime prisional aberto - Provas francamente incriminadoras - Condição de usuário de drogas que não elide a concomitante atividade de traficância - Crime de perigo abstrato, não se exigindo que o infrator seja flagrado no próprio ato de venda da mercadoria proibida - Pena alterada Pena base fixada no mínimo legal -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afastamento do redutor - Incidência que não pode ser regra, independentemente de ser o agente primário e de bons antecedentes - Réu que fazia do comércio ilícito de entorpecentes seu meio de vida, não se tratando de traficante ocasional Afastamento da substituição da pena corporal por restritivas de direitos - Crime nefasto, sendo preciso maior reprovabilidade àquele que envereda para a prática de tal conduta ilícita, de modo a prevalecer o parâmetro da suficiência e proporcionalidade na fixação da pena - Necessidade de imposição de tratamento mais rigoroso ao traficante - Regime prisional modificado para o inicial fechado - Crime equiparado a hediondo, ensejando a aplicação, inicialmente, do regime mais gravoso Personalidade deturpada de quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade - Apelo do réu improvido - Apelo ministerial provido."

Interposto **recurso especial**, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, objetivando a absolvição e, alternativamente, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no seu patamar máximo, com a fixação do regime aberto e conversão da pena corporal em restritiva de direitos.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 292-305), o apelo nobre **não** foi **admitido** pelo Tribunal de origem fundado: i) na aplicação da Súmula 284 do STF, por deficiência de fundamentação, pela não indicação de dispositivo de lei federal violado; e ii) na incidência da Súmula 7 do STJ (fls. 310-311).

Nesta Corte Superior, o agravo em recurso especial deixou de ser conhecido, com base no art. 21-E, inciso V, c.c. o art. 253, parágrafo único, inciso I, ambos do Regimento Interno, por ausência de impugnação dos fundamentos da inadmissão do apelo nobre (fls. 336-339).

Neste regimental, a parte, em apertada síntese, reitera os fundamentos do apelo especial.

Pugna, ao final, pela reconsideração da decisão agravada, "ou encaminhamento para julgamento do Habeas Corpus para a Turma Julgadora" (fl. 334).

Por manter o **decisum**, trago o feito ao Colegiado

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.527.174 - SP (2019/0182606-9)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
AGRAVANTE : LUIZ FERNANDO ALBUQUERQUE
ADVOGADO : LUIZ HENRIQUE CHEREGATO DOS SANTOS - SP270677
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO ESPECIAL. INADMISSÃO NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182 DO STJ.

I - Agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão agravada não pode ser conhecido (**súmula 182 do STJ**).

II - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59 do CP - ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e circunstâncias judiciais totalmente favoráveis com a fixação da pena-base no mínimo legal -, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional semiaberto. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

Agravo regimental **não conhecido**. **Habeas corpus** concedido de ofício para tão-somente para fixar o regime inicialmente semiaberto.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O SENHOR MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE): Em que pesem os argumentos da parte agravante, a **decisão impugnada deve ser mantida**.

Nesta Corte Superior, o agravo em recurso especial deixou de ser conhecido em razão da ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada (Súmula 284 do STF e Súmula 7 do STJ).

Da leitura da petição de agravo, consigno que o agravante cingiu-se a reprimir **in totum** a fundamentação tecida no recurso especial sem infirmar a decisão agravada.

No presente regimental, a parte agravante assinala **verbis** (fl. 343):

"O R. Ministro Presidente João Otávio de Noronha não conheceu o Agravo em Recurso Especial, alegando que o agravante deixou de impugnar especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida.

O recurso expõe que a decisão contraria Lei Federal e a matéria foi prequestionada em Recurso de Apelação.

O Acórdão viola o parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, pois o acusado preenche os requisitos para ser beneficiado com a redutora.

O acusado é primário e não ostenta maus antecedentes (fls. 108/109), além disso, trabalha como cabeleireiro, conforme declaração da sua empregadora (fls. 40).

A quantidade de drogas apreendidas também não tem o condão de impedir a aplicação da redutora, de acordo com o Princípio da legalidade, em razão da ausência de previsão legal.

É de entendimento desta Corte, que a quantidade de drogas por si só não tem o condão de afastar a aplicação da redutora. Além disso, não há evidencia de que o acusado se dedicava à atividades criminosas.

Conforme demonstrado pelo acusado, faz uso de drogas e não é conhecido pelos meios policiais, sendo certo que não foi comprovado que integra organização criminosa, devendo ser considerado o Princípio da Presunção de Inocência.

Portanto, deverá ser realizado o juízo de retratação, reformando-se a respeitável decisão, nos termos do artigo 589 do Código de Processo Penal ou, caso Vossa Excelência entenda que deva mantê-la, que seja encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça."

Incide, pois, ao caso o enunciado da Súmula nº 182 desta Corte Superior de Justiça, **in verbis**:

"É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, verificada essa hipótese - **ausência de impugnação dos fundamentos da decisão agravada** - o recurso não merece ser conhecido, conforme remansosa jurisprudência desta Corte, **v.g.:**

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182 DO STJ. RECURSO DESPROVIDO

1. [...]

2. Deixando a parte agravante de impugnar especificamente os fundamentos da decisão agravada, é de se aplicar o enunciado n. 182 da Súmula do STJ.

*3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 786.049/MT, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 30/11/2018)*

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO ATACADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. É inviável o agravo que deixa de atacar, especificamente, os fundamentos da decisão agravada. Incidência do verbete n. 182 da Súmula desta Corte.

2. A realização do Tribunal do Júri prejudica a alegação de excesso de linguagem. Precedentes.

*3. Agravo regimental não conhecido" (AgRg no REsp n. 1.505.196/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 27/10/2017).*

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 544, § 4º, I, DO CPC. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182 DO STJ. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça, o agravante deve infirmar, nas razões do regimental, todos os fundamentos da decisão impugnada, sob pena de não ser conhecido o seu recurso, circunstância que atrai a incidência da Súmula 182 do STJ.

[...]

*5. Agravo regimental não conhecido" (AgRg nos EDcl no AREsp n. 717.769/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 28/10/2015).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, merece o acolhimento, em parte, do pedido do Ministério Público Federal para concessão do **habeas corpus**, de ofício.

O **Parquet**, "*como custos iuris, postula o não conhecimento do agravo interno e a concessão da ordem, de ofício, a fim de restabelecer a aplicação da causa especial de diminuição de pena do artigo 33 §4.º da Lei 11.343/06, fixando-se o regime inicial semiaberto*" (fl. 364).

Quanto à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 inexistente flagrante ilegalidade ou constrangimento ilegal a ser sanado.

Verifica-se que o eg. Tribunal de origem, a partir do exame do acervo probatório, **concluiu que o recorrente exerce a prática ilícita de forma habitual**, o que, a teor do disposto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o que impede a aplicação da minorante.

Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZADA A DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A dedicação a atividades criminosas ou a integração a organização criminosa impedem o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. O acórdão recorrido consignou que o ora agravante se dedicava com habitualidade à comercialização ilícita de drogas. A conclusão em sentido contrário demanda incursão na seara fático-probatória dos autos, procedimento vedado pela Súmula n. 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 527.117/AL, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Dje de 23/05/2015).

Em relação ao regime prisional, o Tribunal de origem consignou **verbis** (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

261-262):

"Por fim, quanto ao regime prisional estabelecido na r. sentença (aberto), também merece prosperar o recurso ministerial, a fim de que seja alterado para o inicial fechado.

A gravidade do crime assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.

Não é só. Quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade, indisfarçavelmente tem personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública."

Verifica-se da leitura do v. acórdão, que a fixação do regime prisional lastreou-se na gravidade abstrato do delito, não obstante o fato de que o recorrente é primário, e a pena-base não ultrapassou o mínimo legal (fls.260-261). Diante desse contexto, forçoso reconhecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes prolatados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. [...]. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. SEMIABERTO.

I - O regime inicial fechado foi fixado apenas com base em elementos que se amoldam à descrição do delito - no caso, nos incisos I e II, do § 2º, do art. 157, do Código Penal - fundamento que é insuficiente para a determinação do regime mais gravoso, sobretudo porque o réu é primário, detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal.

II - A fundamentação utilizada tanto na sentença, quanto no v. acórdão recorrido "(...) crime cometido na companhia de menor e com uso de arma de fogo, cujo poder lesivo é, sabidamente, superior (...)", não se revela apta a justificar o recrudescimento do regime, uma vez que as circunstâncias do crime não se mostram anormais ao tipo penal pelo qual o agravante foi condenado.

III - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59 do CP - ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e circunstâncias judiciais totalmente favoráveis com a fixação da pena-base no mínimo legal -, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional semiaberto. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1031906/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 25/09/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. [...]. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. REGIME ABERTO. READEQUAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para a valoração negativa das circunstâncias, necessária se faz a indicação de elementos concretos e idôneos dos autos que, efetivamente, evidenciem especial reprovabilidade da conduta, o que não ocorreu no casos dos autos, uma vez que a ameaça é elemento ínsito ao tipo em comento.

2. Afastada a única circunstância judicial e readequada a pena para 4 anos de reclusão, em atendimento ao disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, além de inexistente justificativa concreta para imposição de regime mais gravoso, o réu - primário - deve iniciar o cumprimento da pena no regime aberto

3. Agravo regimental não provido." (AgInt no REsp 1632300/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 09/10/2017)

Tal entendimento encontra-se, inclusive, sumulado, conforme se depreende dos enunciados n. 718 e 719 da Súmula/STF, e n. 440 da Súmula/STJ, os quais transcrevo a seguir, respectivamente:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

"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".

Dessarte, considerando que a pena final aplicada não ultrapassa 8 (oito) anos, que o agravante é primário, e que a pena-base foi fixada no mínimo legal, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do CP, o regime adequado ao caso é o semiaberto.

Ante o exposto, **não conheço** do agravo regimental e, concedo, de ofício, ordem de **habeas corpus**, tão-somente para fixar o regime inicialmente semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0182606-9 PROCESSO ELETRÔNICO **AgRg no**
AREsp 1.527.174 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15012541920168260536

EM MESA

JULGADO: 01/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LUIZ FERNANDO ALBUQUERQUE (PRESO)
ADVOGADO : LUIZ HENRIQUE CHEREGATO DOS SANTOS - SP270677
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 : LUIZ FERNANDO ALBUQUERQUE
ADVOGADO : LUIZ HENRIQUE CHEREGATO DOS SANTOS - SP270677
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, não conheceu do agravo regimental, contudo, concedeu habeas corpus de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.