



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.687.438 - PA (2017/0186495-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : ANA CARLA REIS RODRIGUES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA PENA DA RÉ. REGIME PRISIONAL. SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da *reformatio in pejus*, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu. Precedentes.

2. Embora a acusada seja primária e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantidade e da natureza da substância apreendida – 54 gramas de cocaína –, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. "É vedado, em sede de agravo regimental ou embargos de declaração, ampliar a *quaestio* veiculada no recurso especial, inovando questões não suscitadas anteriormente" (AgRg no REsp 1.378.508/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 1/12/2016, DJe 7/12/2016).

4. Agravo regimental não provido.

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

Brasília (DF), 17 de abril de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.687.438 - PA (2017/0186495-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : ANA CARLA REIS RODRIGUES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de agravo regimental interposto por **ANA CARLA REIS RODRIGUES**, de decisão na qual dei parcial provimento ao recurso especial para readequar a pena da recorrente para 3 anos e 4 meses de reclusão mais 333 dias-multa, mantidos os demais pontos do acórdão recorrido.

A agravante aduz que, no tocante à fração da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do artigo 33 da Lei 11.343/006 a sentença não apresentou nenhuma fundamentação para estabelecer o redutor na fração de 1/3 (um terço).

Assevera que, no caso, "o Tribunal de origem, para manter a fração da referida minorante nos moldes estabelecidos pela sentença, precisou suplementar a fundamentação, de modo a agregar-lhe o argumento de que a natureza e a quantidade da droga justificariam a aplicação da fração de 1/3 (um terço)." (e-STJ, fl. 426)

Argumenta que a "suplementação da fundamentação empregada na dosimetria da pena foi levada a efeito em sede de recurso exclusivo da defesa. Ou seja, a Corte Estadual percebeu a ausência de motivação da sentença e decidiu reformar essa parte da decisão de modo desfavorável ao réu, incidindo, assim, na *refomatio in pejus*." (e-STJ, fl. 426)

Aduz que "não há fundamentação idônea para a imposição do regime semiaberto, uma vez que se trata de tráfico privilegiado sem a valoração negativa de nenhuma circunstância judicial, com a pena mínima fixada no mínimo legal." (e-STJ, fl. 429)

Argumenta, ainda, que "a decisão ora agravada, apesar de fixar a pena definitiva em patamar inferior a quatro anos, não apresentou nenhuma justificativa para deixar de empreender a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos. Não obstante, essa operação constitui matéria de ordem pública e é inerente ao processo de construção da resposta penal individualizada que deve ser aplicada a cada réu." (e-STJ, fl. 430)

Requer, assim, a reconsideração da decisão impugnada para que o recurso especial seja integralmente conhecido e provido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.687.438 - PA (2017/0186495-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : ANA CARLA REIS RODRIGUES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA PENA DA RÉ. REGIME PRISIONAL. SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da *reformatio in pejus*, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu. Precedentes.

2. Embora a acusada seja primária e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantidade e da natureza da substância apreendida – 54 gramas de cocaína –, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. "É vedado, em sede de agravo regimental ou embargos de declaração, ampliar a *quaestio* veiculada no recurso especial, inovando questões não suscitadas anteriormente" (AgRg no REsp 1.378.508/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 1/12/2016, DJe 7/12/2016).

4. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):

O recurso não merece provimento.

De início, vale lembrar que, sob o aspecto da extensão e da profundidade do efeito devolutivo, uma vez delimitado pelo recorrente o objeto de reapreciação, o órgão *ad quem* está livre para o exame das questões devolvidas à sua apreciação, não se vinculando, dessa forma, aos argumentos das partes ou à fundamentação trazida na decisão impugnada (REsp 1.279.962/AL, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/9/2017, DJe 20/9/2017; AgRg no AREsp 1.037.617/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 1/8/2017).

Ademais, os argumentos expendidos pela agravante não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão agravada, razão pela qual esta deve ser mantida conforme a seguir firmada:

"Por outro lado, não merece prosperar o pleito de incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

A Corte estadual manteve a fração estabelecida na sentença condenatória (1/3) em decisão assim motivada:

'Por fim, entendo que nada há a reparar quanto à aplicação do quantum de redução da pena em 1/3 (um terço) pelo reconhecimento do tráfico privilegiado do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pelo magistrado singular.

Reza esse dispositivo:

Art. 33 (...) § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Ora, levando em conta a natureza e quantidade da droga apreendida, revela-se escorreita a aplicação do *quantum* de 1/3 de redução, nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/2006, ponderando-se que não se vislumbram elementos probatórios a aplicar esse redutor no máximo legal de 2/3. Entre 1/6 a 2/3, o juiz sentenciante decidiu por 1/3. A propósito, manifesta-se a jurisprudência do STJ que 'Na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição do patamar de redução ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes' (HO 301.572/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2016, DJe 3/6/2016).

Ante o exposto, em consonância com o parecer da Procuradoria de Justiça e pelas razões expostas no presente voto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.' (e-STJ, fls. 330-331; sem grifos no original)

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no RESp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, o Tribunal de origem justificou a incidência da minorante em 1/3, com fundamento na natureza e na quantidade da droga apreendida – **54 g de cocaína** – segundo autoriza a jurisprudência desta Corte.

Desse modo, apresentados motivos idôneos para o índice definido, a alteração desse *quantum* é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A respeito, os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

'HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/3. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME PRISIONAL. PACIENTE PRIMÁRIO CONDENADO A PENA INFERIOR A 4 ANOS E REDUTORA NÃO APLICADA NO MÁXIMO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Deve ser mantida a fração redutora de 1/3, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade da droga apreendida.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido.'

(HC 422.546/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/12/2017, DJe 13/12/2017).

'HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida em poder do paciente - 50 g de *crack* -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

2. *Habeas corpus* denegado.'

(HC 401.496/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 5/9/2017, DJe 18/9/2017).

Vale lembrar que 'o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que '[o] juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevenção do crime, como ocorreu no caso concreto' (HC n. 115.149/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 2/5/13)' (RHC 133.974, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 7/2/2017, PUBLIC 3/3/2017).

Especificamente, quanto o sopesamento da quantidade e variedade da droga para a escolha do patamar de redução, já concluiu a Suprema Corte que 'não há impedimento a que essas circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena' (HC 129.555 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 7/10/2016, PUBLIC 27/10/2016).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

A pena-base fica estabelecida em 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa. Na segunda fase, reduzo a pena na fração de 1/3, em razão da aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tornando-a definitiva em **3 anos e 4 meses de reclusão mais o pagamento de 333 dias-multa**, ante a inexistência de outras causas de aumento e diminuição de pena.

O regime prisional, por sua vez, não merece alteração.

Embora a pena seja inferior a 4 anos de reclusão e a recorrente seja primária, o modo semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado ao cumprimento da pena reclusiva, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida - 54 gramas de cocaína, circunstância devidamente utilizada na terceira fase da dosimetria, para se fixar o patamar de redução pela minorante.

Nesse sentido:

'HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE QUE FAZ JUS AO BENEFÍCIO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. NOCIVIDADE, VARIEDADE E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO DE 1/3 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

- No caso, uma vez que o paciente preenche os requisitos para a aplicação da benesse, pois não ficou evidenciada a sua dedicação a atividades ou a organizações criminosas, a pena provisória deve ser reduzida na fração de 1/3, tendo em vista a nocividade, variedade e quantidade das drogas apreendidas. Precedentes.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena indica é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Na espécie, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos, o regime inicial semiaberto é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a nocividade, variedade e quantidade das drogas apreendidas, circunstância desfavorável que, inclusive, justificou a escolha da fração redutora de 1/3, pelo tráfico privilegiado. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas do paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 333 dias-multa.'

(HC 402.680/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 22/8/2017).

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, 'c', do RISTJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial para readequar a pena da recorrente para 3 anos e 4 meses de reclusão mais 333 dias-multa, mantido os demais pontos do acórdão recorrido." (e-STJ, fls. 414-417)

Quanto ao mais, verifica-se que o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não foi objeto do recurso especial, configurando evidente inovação recursal, vedada em sede de agravo regimental.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes precedentes:

"[...]

2. É inviável a apreciação de matéria que não foi alegada no momento processual adequado, pois à parte é vedado inovar pedidos quando da interposição de agravo regimental ou embargos de declaração.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1678595/PA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 28/11/2017).

"[...]

III - É vedado, em sede de agravo regimental ou embargos de declaração, ampliar a *quaestio* veiculada no recurso especial, inovando questões não suscitadas anteriormente.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1378508/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 1/12/2016, DJe 7/12/2016).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0186495-0

AgRg no
REsp 1.687.438 / PA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00064072220108140015 20133031723-6 201330317236 64072220108140015

PAUTA: 17/04/2018

JULGADO: 17/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANA CARLA REIS RODRIGUES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

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 : ANA CARLA REIS RODRIGUES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

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