



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 974.507 - MG (2016/0227759-0)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**AGRAVANTE : ANDRE LUCIANO DO ESPIRITO SANTO BORGES**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

### **EMENTA**

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. DECISÃO RECORRIDA. APLICAÇÃO DA MINORANTE. VIVÊNCIA DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. SUM. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O julgamento monocrático encontra previsão no art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea *b*, do RISTJ, que permite ao relator negar provimento ao recurso quando a pretensão recursal esbarrar em súmula do STJ ou do STF, ou ainda, em jurisprudência dominante acerca do tema, inexistindo, portanto, ofensa ao princípio da colegialidade.
2. Mostrando-se idônea a fundamentação adotada pelas instâncias ordinárias para afastar a aplicação da causa de diminuição da pena, com fundamento em fatos concretos que demonstram a efetiva vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas, infirmar tal conclusão requer incursão no conjunto fático-probatório, o que é vedado na via do recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.
3. Agravo regimental improvido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de maio de 2017 (Data do Julgamento)

**MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 974.507 - MG (2016/0227759-0)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**AGRAVANTE : ANDRE LUCIANO DO ESPIRITO SANTO BORGES**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

### RELATÓRIO

#### **O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):**

Trata-se de agravo regimental interposto por ANDRE LUCIANO DO ESPIRITO SANTO BORGES em face de decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial.

Sustenta, preliminarmente, que a análise de mérito do recurso por meio de decisão monocrática ofendeu o princípio da colegialidade, bem como que o exame das razões do especial não esbarram na vedação da súmula 7/STJ, sendo possível para tanto a mera reavaliação da prova.

Reitera o agravante, no mérito, as razões deduzidas no recurso especial quanto à aplicação da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei Antidrogas.

Requer a reconsideração da decisão ou a sua submissão à Sexta Turma, a fim de que seja dado provimento ao recurso especial.

Intimado para apresentar contrarrazões, o Ministério Público Federal deixou decorrer o prazo *in albis*.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 974.507 - MG (2016/0227759-0)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Inicialmente, ausente a apontada nulidade, porquanto o julgamento monocrático encontra previsão no art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea *b*, do RISTJ, que permite ao relator negar provimento ao recurso quando a pretensão recursal esbarrar em súmula do STJ ou do STF, ou ainda, em jurisprudência dominante acerca do tema, inexistindo, portanto, ofensa ao princípio da colegialidade.

Confira-se:

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL QUE NÃO COMBATEU TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. APLICABILIDADE DA SÚMULA 182/STJ AO ARESP. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA O INICIAL CUMPRIMENTO DE PENA E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ APLICADA A PARTE DO RESP. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. (I) - ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. (II) - ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. IMPROPRIEDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE JUSTIFICAM. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.*

*1. Não há ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência ao artigo 253, parágrafo único, inciso II, alínea "b", do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que permite ao relator negar provimento ao recurso quando a pretensão recursal esbarrar em súmula do STJ ou do STF, ou ainda, em jurisprudência dominante acerca do tema.*

*[...]*

*7. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.*

*(AgRg no AREsp 915.701/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016)*

No tocante ao mérito recursal, a decisão agravada restou exarada nos seguintes



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos (fls. 375/377):

*"[...] Consta dos autos que o agravante foi condenado nas sanções do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 c/c o art. 65, I, do Código Penal, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 250 dias-multa (FLS. 177/189).*

*O Tribunal de origem deu provimento à apelação ministerial para decotar a causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas para o réu André fixando-lhe a reprimenda de 05 (cinco) anos de reclusão no regime semiaberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multas (fl. 310).*

*Nas razões do recurso especial, sustenta-se violação do art. 33, § 4º, da Lei 11.346/2006.*

*Para tanto, requer a defesa a reforma do v. acórdão combatido para seja aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4, da Lei nº 11.343/06, na proporção de 2/3, com o conseqüente abrandamento do regime prisional e substituição da pena corporal por restritivas de direitos (fl. 321).*

*Quanto aos pontos, assim se manifestou o acórdão recorrido (fls. 308/309) – com destaques):*

*Noutro norte, quanto à incidência da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei Federal nº 11.343/06 para o réu André, razão assiste ao representante do Parquet.*

***Apesar de réu primário e portador de bons antecedentes, a firme prova acostada no caderno processual comprova com segurança que André vinha se dedicando às atividades criminosas.***

***Segundo o experiente policial militar MAURO LUIZ DE CARVALHO (fl. 136), que conhece André há, pelo menos, seis anos, ele sempre é encontrado naquele ponto de venda de drogas no turno da noite. Como se não bastasse, o miliciano garantiu que André está inserido em grupo criminoso dominado por Isabela, irmã de Leo, que foi assassinado há cerca de quatro meses, com cinco tiros, o que, inclusive, levou André a passar a andar armado, razão por que foi preso em flagrante pouco tempo antes da prisão nestes autos, em 21 de março de 2.014.***

*Assim, também deve ser reestruturada sua reprimenda.*

*Pela mesma análise já efetuada na primeira fase dosimétrica, fixo a pena-base de André no patamar de 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão e 530 (quinhentos e trinta) dias-multa, diante da análise desfavorável apenas da natureza e quantidade da droga apreendida.*

*Na segunda fase, deve ser reconhecida a circunstância atenuante da menoridade relativa (art. 65, I, CP).*

*Destarte, a pena provisória deve ser reduzida para o mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na fase final, inexistindo quaisquer causas gerais ou especiais de diminuição ou aumento de pena, esta deve ser concretizada em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Diante do comprovado envolvimento de André com as atividades ilícitas, tendo sido inclusive preso em flagrante pouco tempo antes da prisão nestes autos, em 21 de março de 2.014, pelo crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, entendo que deveria ter sido fixado o regime fechado para início de cumprimento da pena.

Contudo, não havendo qualquer irresignação ministerial neste ponto e, para não incorrer em reformado in pejus, fixo-lhe o regime semiaberto nos termos do art. 33, § 2º, alínea 'b' do Código Penal.

Ademais, ante o quantum poenale imposto a André incabível o pleito defensivo de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

***É cediço que, para a aplicação da minorante descrita no § 4º d art. 33 da Lei n. 11.343/2006, necessário que o acusado seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa (AgRg no AREsp 798.523/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/06/2016).***

***Nesse contexto, denegada a incidência da minorante com base em elementos concretos que levaram à Corte a quo a concluir que o agravante dedicava-se a atividades criminosas, nota-se que, para se chegar a conclusão adversa das instâncias ordinárias, seria necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório, o que é vedado na via do recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. A propósito do tema, o seguinte precedente:***

***AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO. MANUTENÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.***

1. Embora o acusado fosse tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, o Tribunal de origem considerou incabível a aplicação da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com base em elementos concretos que indicam a sua integração em organização criminosa, voltada especialmente para o tráfico de drogas.

2. Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o agravante integra organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*na via estreita do habeas corpus.*

3. A decisão agravada não desconsiderou a regra da *reformatio in pejus*, pois, a manutenção do regime inicial fechado decorre de previsão do próprio Código Penal que, em seu § 3º do art. 33, aponta que o regime de cumprimento de pena deve ser escolhido com base nos critérios previstos no art. 59 desse Código e, em crime previsto na Lei de Drogas, dos parâmetros estabelecidos também no art. 42 desta lei.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 206.213/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016)

*Por fim, com relação ao pleito de alteração do regime inicial e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que os pedidos encontram-se prejudicados, porquanto a sanção final não foi alterada.*

*Ante o exposto, nego provimento ao agravo.*

*Publique-se.*

*Intimem-se.*

O Colegiado regional afastou a aplicação da causa de diminuição da pena concedida pelo magistrado primevo, com fundamento consistente em fatos concretos que demonstram a efetiva vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas, motivação considerada idônea por esta Corte Superior.

À propósito, cito os seguintes precedentes:

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. MODO SEMIABERTO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

**3. Concluído pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, que a habitualidade delitiva do paciente no comércio de entorpecentes está evidenciada nas circunstâncias do delito (concurso de três agentes com divisão de tarefa, apreensão de balança de precisão e material para endolação da droga na residência do acusado), a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. (Precedentes).**

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal.

5. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, sobretudo quando não expressiva a quantidade de droga apreendida.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

(HC 379.436/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

**PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. VIVÊNCIA DELITIVA. NÃO RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÃO LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. SUBSTITUIÇÃO. NÃO CABIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. Para fins do art. 105, III, a, da Constituição Federal, não é cabível recurso especial fundado em alegada violação de enunciado de súmula (Súmula 518/STJ).

**2. A vivência delitiva do agente afasta a incidência da minorante do tráfico eventual, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ainda que indicada por feitos em andamento. Precedentes.**

3. Declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação do regime inicial deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/06, aos condenados por tráfico de drogas.

4. Imposta a pena privativa de liberdade superior a 4 anos, não faz jus o recorrente à substituição da pena, nos termos do art. 44, I, do CP.

5. Recurso parcialmente provido para determinar que o Tribunal a quo, analisando o caso concreto, proceda à individualização do regime inicial de cumprimento da pena, à luz do art. 33 e parágrafos do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

(REsp 1480588/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 26/08/2016)

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. EXISTÊNCIA DE FEITO CRIMINAL EM CURSO. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. NÃO CONHECIMENTO.**

**1. Consoante entendimento perfilhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas". Dessa forma, não há falar em ilegalidade, na espécie, tendo em vista que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi negada por entender a Corte de origem que o paciente era renitente em atividades criminosas. Ressalva do entendimento da Relatora.**

**2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final do paciente alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a fixação do regime aberto.**

**3. Habeas corpus não conhecido. (HC 372.644/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016, grifei)**

Assim, mostrando-se idônea a fundamentação adotada pelas instâncias ordinárias, infirmar tal conclusão requer incursão no conjunto fático-probatório, o que é vedado na via do



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0227759-0      **PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 974.507 / MG**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024142014406 10024142014406001 10024142014406003 201440614  
20144069220148130024 40024142014406002

PAUTA: 23/05/2017

JULGADO: 23/05/2017

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ANDRE LUCIANO DO ESPIRITO SANTO BORGES  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
CORRÉU : CRISTIANO DAVIDSON DE CASTRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e  
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

#### AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ANDRE LUCIANO DO ESPIRITO SANTO BORGES  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

#### CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.