AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2318008 - SP (2023/0081034-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS**
AGRAVANTE	:	RODRIGO DE SENA SANTOS
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO - SP227133
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO AGRAVADA. REFORMA DA DOSIMETRIA. REDUÇÃO DAS PENAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. MANUTENÇÃO. EMPREGO, POR ESTA CORTE SUPERIOR, DE FUNDAMENTO DIVERSO DAQUELE ADOTADO NO ARESTO RECORRIDO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGAS QUE, NA ORIGEM, ENSEJOU A EXASPERAÇÃO DA BASILAR. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. SITUAÇÃO PENAL DO RÉU NÃO AGRAVADA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na decisão agravada, consignou-se que, não obstante a formulação da nova dosimetria tenha levado à fixação de reprimenda corporal inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade de entorpecentes, o que justifica a manutenção do regime inicial semiaberto e da negativa de substituição por sanções restritivas de direitos.

2. Nesse ponto, segundo o Agravante, houve *reformatio in pejus*, do ponto de vista qualitativo, porque, embora a quantidade de drogas seja fundamento idôneo para tanto, esse não foi o motivo invocado pelo Tribunal *a quo* para impor tais rigores punitivos, havendo menção somente ao *quantum* da pena reclusiva.

3. O emprego, por esta Corte Superior, de fundamento diverso para manter o regime inicial mais severo e a negativa de substituição da pena não configura *reformatio in pejus*, pois, com o desprovimento do recurso especial defensivo nesse ponto, a situação do Réu não foi, direta ou indiretamente, agravada e foi observada circunstância fática já delineada no aresto recorrido, relativa à expressiva quantidade de entorpecentes apreendida, a qual, inclusive, ensejara a exasperação da basilar na origem. Precedentes.

4. Ademais, diante da realização da nova dosimetria, cabia ao Superior Tribunal de Justiça analisar o regime cabível, motivo pelo qual esta Corte Superior não estava adstrita aos fundamentos das instâncias ordinárias, sendo-lhe vedado somente o recrudescimento do regime prisional, o que não ocorreu.

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sebastião

Documento eletrônico VDA39955165 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 08/02/2024 21:24:46
Código de Controle do Documento: 6ec3656a-c0e7-4730-9a93-ff8539712bd7

Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de fevereiro de 2024.

MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS
Relator

Documento eletrônico VDA39955165 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 08/02/2024 21:24:46
Código de Controle do Documento: 6ec3656a-c0e7-4730-9a93-ff8539712bd7

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2318008 - SP (2023/0081034-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS**
AGRAVANTE	:	RODRIGO DE SENA SANTOS
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO - SP227133
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO AGRAVADA. REFORMA DA DOSIMETRIA. REDUÇÃO DAS PENAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. MANUTENÇÃO. EMPREGO, POR ESTA CORTE SUPERIOR, DE FUNDAMENTO DIVERSO DAQUELE ADOTADO NO ARESTO RECORRIDO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGAS QUE, NA ORIGEM, ENSEJOU A EXASPERAÇÃO DA BASILAR. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. SITUAÇÃO PENAL DO RÉU NÃO AGRAVADA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na decisão agravada, consignou-se que, não obstante a formulação da nova dosimetria tenha levado à fixação de reprimenda corporal inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade de entorpecentes, o que justifica a manutenção do regime inicial semiaberto e da negativa de substituição por sanções restritivas de direitos.

2. Nesse ponto, segundo o Agravante, houve *reformatio in pejus*, do ponto de vista qualitativo, porque, embora a quantidade de drogas seja fundamento idôneo para tanto, esse não foi o motivo invocado pelo Tribunal *a quo* para impor tais rigores punitivos, havendo menção somente ao *quantum* da pena reclusiva.

3. O emprego, por esta Corte Superior, de fundamento diverso para manter o regime inicial mais severo e a negativa de substituição da pena não configura *reformatio in pejus*, pois, com o desprovimento do recurso especial defensivo nesse ponto, a situação do Réu não foi, direta ou indiretamente, agravada e foi observada circunstância fática já delineada no aresto recorrido, relativa à expressiva quantidade de entorpecentes apreendida, a qual, inclusive, ensejara a exasperação da basilar na origem. Precedentes.

4. Ademais, diante da realização da nova dosimetria, cabia ao Superior Tribunal de Justiça analisar o regime cabível, motivo pelo qual esta Corte Superior não estava adstrita aos fundamentos das instâncias ordinárias, sendo-lhe vedado somente o recrudescimento do regime prisional, o que não ocorreu.

5. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por RODRIGO DE SENA SANTOS contra decisão monocrática de minha lavra, por meio da qual **conheci do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial**, nos termos da seguinte ementa (fl. 594):

Documento eletrônico VDA39955435 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 08/02/2024 21:24:43
Código de Controle do Documento: 8d18fd70-82a9-4d22-b062-8935b31f889f

> *"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. MODULAÇÃO. MENÇÃO VAGA ÀS* 'CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO', *NÃO ESPECIFICADAS NO ARESTO RECORRIDO. FUNDAMENTO GENÉRICO. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTO EMPREGADO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. MINORANTE APLICADA NO PATAMAR MÁXIMO. PENAS REDIMENSIONADAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MANUTENÇÃO. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL."*

Consta dos autos que o Agravante foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 257-267). O Tribunal de origem deu provimento à apelação interposta pelo Ministério Público para afastar o redutor especial, redimensionando as penas para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa (fls. 402-411).

Impetrado *writ* perante esta Corte Superior (HC n. 700.567/SP), foi concedida a ordem de *habeas corpus*, em menor extensão, a fim de determinar que outro acórdão fosse prolatado, com o refazimento da dosimetria da pena, tendo em vista que a quantidade dos entorpecentes fora considerada na terceira fase da dosimetria da pena, a fim de respaldar o afastamento da causa de diminuição, sem que fossem conjugadas outras circunstâncias do caso concreto hábeis a caracterizar a dedicação do Paciente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

Por fim, **reanalisando a questão**, a Corte estadual deu **parcial provimento** ao recurso ministerial, a fim de *"se readequar as penas do réu para o patamar de* ***04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão****, bem como ao pagamento de* ***485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa****, no valor unitário mínimo legal"* (fl. 487; grifei). Na oportunidade, manteve-se o regime inicial **semiaberto** fixado na sentença condenatória (fls. 485-486).

Nas razões do recurso especial, aponta-se ofensa aos arts. 33, § 4.º, e 42, ambos da Lei de Drogas, sob o argumento de que a quantidade de drogas deve ser valorada somente na primeira fase da dosimetria, não sendo fundamento idôneo para justificar a modulação do redutor especial.

Sustenta-se, ainda, violação aos arts. 33 e 44, ambos do Código Penal, tendo em vista que, uma vez redimensionada a pena reclusiva, o Réu preencherá todos os requisitos para a fixação do regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Nesse ponto, entende-se que (fl. 501):

> "[...] ***não é idônea a decisão que invoca a quantidade da droga para negar a substituição da pena de prisão por sanção restritiva de direitos****, visto que o art. 42 da Lei 11.343/06 determina que a quantidade da droga deve ser considerada*

Documento eletrônico VDA39955435 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 08/02/2024 21:24:43
Código de Controle do Documento: 8d18fd70-82a9-4d22-b062-8935b31f889f

para a fixação da pena base (o que ocorreu, visto que a pena foi aumentada em 1/6 nessa fase) e não para decisão a respeito do cabimento de pena restritiva de direitos, que prossegue tendo como norte as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, ***assim como se verifica em relação ao regime prisional inicial."***

Contrarrazões (fls. 546-553). Na origem, o recurso especial não foi admitido (fls. 556-557), ensejando a interposição do respectivo agravo (fls. 562-566), contraminutado às fls. 570-571.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (fls. 585-590).

Por fim, como já relatado, o agravo foi conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de aplicar a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 na fração máxima de 2/3 (dois terços) e, por consequência, reduzir a pena imposta, mantidos os demais termos dos aresto recorrido.

O Ministério Público Federal deu-se por ciente do referido *decisum* (fl. 607).

Nas razões do recurso interno, o Agravante argumenta que a decisão monocrática incorreu em indevida *reformatio in pejus*, do ponto de vista qualitativo.

Explica que, em recurso exclusivo da Defesa, o julgador se valeu de novo fundamento, não mencionado no aresto recorrido, para fundamentar a manutenção do regime inicial semiaberto e da negativa de substituição da pena. Segundo o Agravante, embora a quantidade de drogas seja fundamento idôneo para tanto, esse não foi o motivo invocado pelo Tribunal *a quo* para impor tais rigores punitivos, havendo menção somente ao *quantum* da pena reclusiva.

Pede, assim, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do regimental ao Colegiado.

É o relatório.

VOTO

A insurgência não prospera.

Na decisão agravada, reformou-se a dosimetria da pena, com a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo. Dessa forma, as penas finais foram redimensionadas para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa.

Por fim, consignou-se que, não obstante a fixação de reprimenda corporal inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a pena-base foi exasperada, em razão da quantidade de entorpecentes, o que justifica a **manutenção** do regime inicial **semiaberto** e da **negativa de substituição por sanções restritivas de direitos**. Com igual conclusão: AgRg no HC n. 733.608/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022; AgRg no HC n. 712.022/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), SEXTA TURMA, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.

Nesse ponto, segundo o Agravante, houve *reformatio in pejus*, do ponto de vista

Documento eletrônico VDA39955435 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 08/02/2024 21:24:43
Código de Controle do Documento: 8d18fd70-82a9-4d22-b062-8935b31f889f

qualitativo, porque, embora a quantidade de drogas seja fundamento idôneo para tanto, esse não foi o motivo invocado pelo Tribunal *a quo* para impor tais rigores punitivos, havendo menção somente ao *quantum* da pena reclusiva.

Ocorre que o emprego, **por esta Corte Superior**, de **fundamento diverso** para **manter** o regime inicial mais severo e a negativa de substituição da pena não configura *reformatio in pejus*, pois, com o desprovimento do recurso especial defensivo nesse ponto, a situação do Réu **não foi, direta ou indiretamente, agravada** e foi **observada circunstância fática já delineada no aresto recorrido**, relativa à expressiva quantidade de entorpecentes apreendida, a qual, inclusive, ensejara a exasperação da basilar na origem.

A propósito, *mutatis mutandis*:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE.* REFORMATIO IN PEJUS. *NÃO OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE.*
>
> *1. A decisão agravada foi clara ao afirmar a legalidade da fixação do regime inicial semiaberto e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*
>
> *2.* ***Embora o*** **decisum** ***recorrido haja mencionado fundamentos não utilizados pelo Tribunal de origem para manter a negativa de substituição da pena, a situação do acusado não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o não provimento do recurso especial, manteve-se a vedação ao benefício, conforme decidido pela Corte local.***
>
> *3. Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal, nas ADCs n. 43, 44 e 54, decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena. Assim, não se pode mais executar antecipadamente a reprimenda imposta em condenação penal, confirmada pelo Tribunal, nas hipóteses em que o acusado respondeu em liberdade o processo, tal como ocorreu na espécie (fl. 151), até que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória.*
>
> *4. Agravo regimental provido em parte, para afastar a execução provisória da pena até o trânsito em julgado da condenação."* (AgRg no AREsp n. 1.298.161/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 11/2/2020, DJe de 14/2/2020; sem grifos no original.)

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO* HABEAS CORPUS. *TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. REQUISITOS DO ART. 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRESENÇA DE FUNDADAS SUSPEITAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO.* REFORMATIO IN PEJUS. *NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> [...]
>
> *3. A despeito de a Corte estadual, ao julgar a apelação criminal, ter apresentado fundamentação diversa da adotada na sentença condenatória, qual seja, a de que a reincidência do réu (ignorada pela sentença) justifica a determinação de modo carcerário mais gravoso, manteve a reprimenda anteriormente fixada bem como o regime inicial semiaberto, não havendo, dessa forma, prejuízo ao Réu.*
>
> *4.* ***Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior,*** **'o Tribunal de**

Documento eletrônico VDA39955435 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 08/02/2024 21:24:43
Código de Controle do Documento: 8d18fd70-82a9-4d22-b062-8935b31f889f

origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em primeira instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus,* desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante, bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória' *(HC 598.647/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 30/09/2020).*

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 715.809/SC, relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023; sem grifos no original.)

Ademais, diante da realização da nova dosimetria, cabia ao Superior Tribunal de Justiça analisar o regime cabível, motivo pelo qual esta Corte Superior não estava adstrita aos fundamentos das instâncias ordinárias, sendo-lhe vedado **somente** o recrudescimento do regime prisional, o que não ocorreu.

Nesse sentido: "[n]*os termos da jurisprudência desta Corte, entende-se que, havendo o redimensionamento da pena nos limites do pleito recursal, a adequação do regime prisional é consectário lógico, não havendo, portanto, que se falar em* reformatio in pejus *se não recrudescido o regime em relação ao que fixado no acórdão hostilizado, ainda que adotados fundamentos diversos dos que ventilados pelas instâncias ordinárias para a sua escolha"* (AgRg no AREsp n. 1.946.653/SP, relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 15/2/2022).

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

Documento eletrônico VDA39955435 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): TEODORO SILVA SANTOS Assinado em: 08/02/2024 21:24:43
Código de Controle do Documento: 8d18fd70-82a9-4d22-b062-8935b31f889f

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2023/0081034-7

AgRg no AREsp 2.318.008 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15003968020198260536 15003968020198260536 3922019 20220000011264 3922019

EM MESA JULGADO: 06/02/2024

Relator
Exmo. Sr. Ministro **TEODORO SILVA SANTOS**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	RODRIGO DE SENA SANTOS
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO - SP227133
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	:	RODRIGO DE SENA SANTOS
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO - SP227133
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Documento eletrônico VDA39907885 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA, SEXTA TURMA Assinado em: 06/02/2024 19:20:37
Código de Controle do Documento: B8B78472-6C0C-4632-A1A0-1DA930ACFB32