**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.421.911 - RS (2018/0341410-7)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO RIBEIRO DANTAS** |
| AGRAVANTE | : | FABRICIO LINHARES RIBEIRO (PRESO) |
| ADVOGADOS | : | RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676<br>DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL |
| AGRAVADO | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL |

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto por **FABRÍCIO LINHARES RIBEIRO** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, violação do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Pleiteia o deferimento da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, na fração máxima, à alegação de que estão presentes os requisitos para a concessão do benefício, uma vez que o recorrente é primário, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa.

Apresentada contrarrazões (e-STJ, fls. 709-713).

O recurso não foi admitido com fundamento na incidência da Súmula 7/STJ (e-STJ, fls. 721-730).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 762-768).

**É o relatório.**

Decido.

O recurso merece prosperar.

O Tribunal de origem manteve a condenação do agravante pelo delito de tráfico de drogas à pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, em regime inicial fechado.

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 diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

Segundo entendimento desta Corte, o mencionado dispositivo legal tem como objetivo beneficiar, apenas, pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

No caso em concreto, levando em conta a primariedade do recorrente, seus bons antecedentes, a ausência de elementos concretos que indiquem a dedicação à criminalidade ou integre organização criminosa, entende-se que estas circunstâncias, e o fato de **ter a posse de 4 gramas de crack** (e-STJ, fl. 662), não é justificativa idônea para afastar por completo a benesse, devendo o acórdão ser reformado.

A esse respeito:

> "[...]
> - 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.
> - Não há como manter a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, que afastou a figura do tráfico privilegiado sob a tese de que os pacientes dedicam-se às atividades criminosas pelo fato de não exercerem atividade lícita, pois estavam desempregados à época dos fatos. Ademais, a quantidade da droga apreendida (13 cápsulas de cocaína, pesando 9,9 gramas), apesar de nociva, não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação dos acusados às atividades ilícitas.
> - É de ser mantida a fração redutora de 1/2 aplicada pelo sentenciante, pois, no caso, a natureza da droga apreendida - cocaína - constitui critério idôneo para impedir a aplicação do redutor em sua fração máxima, mas a sua diminuta quantidade - 9,9g - revela a necessidade da manutenção da fração intermediária - O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.
> - A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.
> - Hipótese em que os pacientes são primários, condenados a pena não superior a 4 anos de reclusão, com análise favorável das circunstâncias judiciais, razão pela qual fazem jus ao regime inicial aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea *c*, do CP, além da substituição da pena corporal por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.
> - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a sentença que fixou a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais."
> (HC 313.899/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1º/08/2016).
>
> "[...]
> 1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga (10,30 gramas de cocaína), legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) pelo seu

> máximo, ou seja, dois terços. Precedentes.
> 2. No mais, o Agravante não traz argumentos robustos o bastante a fim de repelir os fundamentos da decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios termos.
> 3. Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no AREsp 451.358/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2014).

Dessa forma, considerando não ser expressiva a quantidade da droga e não havendo outras circunstâncias que denotem que o recorrente se dedique à atividade criminosa nem integre organização criminosa, associadas ao fato de ser primário e possuir bons antecedentes, entendo que faz *jus* à incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 2/3, ao caso em tela.

A propósito:

> "[...]
> 1. Em razão da impropriedade da fundamentação utilizada para a negativa de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, foi dado provimento ao recurso especial do agravado para fazer incidir a benesse, com a consequente alteração do regime prisional para o aberto.
> 2. O agravado é primário, teve valoradas favoravelmente todas as circunstâncias judiciais, - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico), teve reduzida a pena com base no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, fazendo jus, portanto, ao regime aberto de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, §2º, alínea c e §3º, do Código Penal e da Súmula 440 desta Corte. Precedentes.
> 3. Agravo Regimental desprovido."
> (AgRg no AREsp 600.800/SP, Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 11/11/2015).
>
> "[...]
> IV - *In casu*, a quantidade de droga apreendida, por si só, não se revela expressiva a ponto de impedir a incidência da minorante, ainda mais diante da inexistência de outras circunstâncias do caso concreto que autorizariam a conclusão de que o paciente dedica-se à atividade do tráfico.
> V - Assim, tendo em vista que o paciente é primário, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/2006, no percentual de 2/3 (dois terços), diante das circunstâncias do caso (dentre elas, a quantidade e natureza de droga apreendida: 16 invólucros de maconha), haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tal fator é relevante para a fixação da reprimenda, *ex vi* do art. 42 da Lei n. 11.343/06.
> VI - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07.
> Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código

> Penal.
> VII - *In casu*, o paciente é primário, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e, com a redução de 2/3 (dois terços) em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, faz jus ao regime aberto de cumprimento de pena, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal.
> VIII - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao paciente, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.
> *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para aplicar a causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no percentual de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime aberto para início do cumprimento da pena, competindo ao d. juízo *a quo* examinar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal."
> (HC 293.013/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014).
>
> "[...]
> 1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga (10,30 gramas de cocaína), legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, dois terços. Precedentes.
> 2. No mais, o Agravante não traz argumentos robustos o bastante a fim de repelir os fundamentos da decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios termos.
> 3. Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no AREsp 451.358/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 28/03/2014).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, a pena foi computada em 5 anos e 500 dias-multa.

Na segunda fase, inobstante a presença da atenuante da menoridade, mantém-se a pena inalterada, com fundamento no teor da Súmula 231/STJ.

Na terceira fase, faço incidir a causa de diminuição do § 4º art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 2/3, tornando a pena definitiva em **1 ano e 8 meses de reclusão, mais o pagamento de 166 dias-multa**, mantido o valor unitário do dia-multa.

Após a diminuição da pena, faz-se necessária a adequação do regime inicial e a análise da possibilidade de permuta da pena.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento as diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

O recorrente foi condenado pelo tráfico na forma privilegiada, sendo que a definição do modo inicial de cumprimento da pena deve estar atrelada à valoração das circunstâncias do art. 59 do CP, que, no caso, foram consideradas favoráveis. Sendo, assim, entendo que, uma vez preenchidos os requisitos legais, sobretudo quando não expressiva a quantidade de entorpecente apreendida, faz jus o recorrente a fixação do regime aberto, por ser adequado à prevenção e à reparação do delito em tela.

Confiram-se:

> "[...]
> 1. Não obstante a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, é possível operar-se a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, caso preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos necessários para a o deferimento da medida. Precedentes.
> 2. Na hipótese dos autos, diante da circunstâncias concretas do delito, tendo em vista a primariedade da agente, fixação da pena-base no mínimo legal, pequena quantidade de entorpecentes apreendidos, incidência da minorante de pena do tráfico privilegiado na fração máxima e da causa de aumento na fração mínima, não se vislumbra ilegalidade no julgado proferido pela Corte *a quo* que concedeu a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos.
> 3. Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no REsp 1.320.117/DF, Min. Rel. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA,DJe 01/02/2017).
>
> "[...]
> 1. Como referido na decisão agravada, pareceu à instância local, socialmente recomendável ao caso, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, não obstante as peculiaridades pertinentes à quantidade e à qualidade das drogas apreendidas.
> 2. Assim, para esta Corte proceder a novo juízo de valor acerca da conveniência ou não da referida conversão, fazendo-se substituir às instâncias ordinárias, soberanas na apreciação de fatos e provas, realmente, ferirá de morte o óbice da Súmula 7, cioso da vocação constitucional desta Casa, incumbida de dizer o direito.
> 3. Quanto ao regime inicial para o cumprimento da punição, a quantidade e a natureza da droga não haveriam mesmo de influenciar na fixação dele, uma vez que não tiveram robustez suficiente para elevar a pena do mínimo legal, além de o agravado ser primário e a reprimenda imposta em 2 anos e 6 meses de reclusão.
> 4. Portanto, a decisão agravada há de ser mantida incólume por seus próprios termos.
> 5. Agravo regimental improvido."
> (AgRg no AREsp 851.928/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016).

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e favorabilidade das circunstâncias do art. 59 do CP), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da execução.

Nesse sentido:

> "Considerando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, o regime inicial aberto."
> (HC 339.471/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015).
>
> "3. Considerando a quantidade de pena imposta (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial aberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal.
> [...]
> 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais."
> (HC 320.015/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015).
>
> "2. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 nos julgamentos do HC 69.657/SP e do HC 97.256/RS, respectivamente, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação à conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
> 3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (7,7 gramas de cocaína, 2,65 gramas de crack e 2,5 gramas de maconha), o regime aberto é o adequado à prevenção e reparação do delito. Do mesmo modo, havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos."
> (HC 327.984/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015).

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, "c", do RISTJ, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial, a fim de fixar a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais o pagamento de 166 dias-multa, mudar para o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo da execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator