

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.287.677 - SP (2018/0103016-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : RAFAEL AUGUSTO SARDELA
ADVOGADOS : LEANDRO TADEU LANÇA E OUTRO(S) - SP260445
GUILHERME DE CARVALHO - SP391586
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PATAMAR DE REDUÇÃO. FIXAÇÃO EM 1/4 EM RAZÃO DA NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES APREENHIDOS (5,6G DE COCAÍNA E 0,4G DE CRACK). DESPROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO E INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA.

Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, fixando a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 no patamar máximo (2/3), de modo a redimensionar a pena definitiva do acusado para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais, tudo nos termos da presente fundamentação.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **Rafael Augusto Sardela** contra a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que inadmitiu o recurso especial por ele apresentado, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra o acórdão prolatado na Apelação Criminal n. 3000224-09.2013.8.26.0396, assim ementado (fl. 693):

APELAÇÃO CRIMINAL - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE ANULOU PARCIALMENTE V. ARESTO, APÓS RECONHECER *BIS IN IDEM* - RECÁLCULO DA PENA DO RÉU RAFAEL, À LUZ DA ORIENTAÇÃO DELINEADA PELA CORTE MAIOR - RESULTADO FINAL ENTRETANTO QUE NÃO SE ALTEROU - MANTENÇA, NO MAIS, DO TEOR NÃO ALCANÇADO PELA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO SÓ APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO, PORQUE ASSIM DETERMINADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOUTRO V. ARESTO - APELO DEFENSIVO DO RÉU RAFAEL PROVIDO EM PARTE E APELO MINISTERIAL AGASALHADO EM SUA PLENITUDE, PARA MANTER A ABSOLVIÇÃO LANÇADA EM PROL DE PAULO E IGOR, COM OBSERVAÇÃO.

Nas razões do recurso especial (fls. 700/709), a defesa aponta violação dos

Superior Tribunal de Justiça

arts. 33, § 2º, c, 44 e 59 do Código Penal e 33 da Lei 11.343/2006. Afirma que o Tribunal de origem fixou *regime mais gravoso sem fundamentação idônea* (fl. 705), bem como não utilizou *motivação idônea para afastar a aplicação do redutor de pena em seu grau máximo* (idem). Afirma, ainda, que o acórdão *deixou de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos* (fl. 705), apesar de a reprimenda ser *inferior a 4 anos* (fl. 707).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 723/728), o recurso especial foi inadmitido pela Corte de origem, por incidência das Súmulas 284/STF e 7/STJ (fls. 730/731). Contra tal decisão foi interposto o agravo em análise (fls. 783/788), com contraminuta ofertada às fls. 791/795.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do agravo (fls. 817/820).

É o relatório.

Obedecendo ao comando exarado no REsp 1.597.133/SP (fls. 556/559), que determinou à Corte de origem que procedesse *a uma nova fixação das reprimendas do recorrente, com a utilização da qualidade das drogas em apenas uma das fases da dosimetria* (fl. 559), o Tribunal de origem assim se manifestou (fls. 695/697 – grifo nosso):

[...]

Redimensiona-se a reprimenda, com olhos voltados para a decisão do Superior Tribunal de Justiça.

A pena-base é fincada no piso inferior.

Destarte, **a relativa menoridade do réu não lhe assiste na espécie, na forma do enunciado 231 do Superior Tribunal de Justiça.**

Por fim, **na terceira fase da fixação da pena, mantém-se o redutor de 1/4 (um quarto), aqui valendo os fundamentos expendidos às fls. 363/364 e fls. 377, não reescritos para economia de papel.**

Assim, **considerou-se a quantidade da droga apreendida tão somente na terceira fase da fixação da pena, afastado o vício de "bis in idem" reconhecido pela Corte Superior, sem que tal, com a máxima vênia, venha a influir no resultado global da pena (fls. 375/377) anteriormente infligida.**

Ademais, se o volume e a natureza do entorpecente não foram considerados para altear a pena-base, servem de fundamento para afastar a mitigadora do parágrafo quarto sem que tal fato constitua *bis in idem* (STF, RE 666334 RG/AM, Rel. Min. GILMAR MENDES).

Tal orientação, por sinal, afina-se com o precedente do Superior Tribunal de Justiça (HC 188811/RS, Rel. Min. OG FERNANDES, DJ de 20/03/2013).

Na espécie, **há elementos concretos e individualizados a demonstrar a**

Superior Tribunal de Justiça

necessidade do regime prisional fechado, anotando-se que não há reconhecimento de direito automático ao traficante apenado com pena mínima o regime intermediário ou aberto e pena alternativa. A este teor, justificado o regime mais drástico, sem que tal venha a afrontar enunciados de Tribunais Superiores.

O Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo, assentou: *"inexiste violação à Súmula nº 440 desta Corte Superior quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta da conduta delituosa, a evidenciar que a pena-base deixou de ser exasperada tão-somente em razão da benevolência das instâncias ordinárias"* (HC 267394/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 25/11/2013).

Por fim, só há falar em expedição de mandado de prisão após o trânsito em julgado, porque assim determinado noutro v. aresto do Superior Tribunal de Justiça (RHC 51953, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR).

Diante do exposto, pelo meu voto, com olhos voltados para decisão do Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial, dá-se provimento parcial ao recurso de RAFAEL AUGUSTO SARDELA, para tornar definitiva sua expiação em **03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime fechado**, e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, no piso inferior, no mais, mantido o teor do v. aresto de fls. 356/364 que proveu apelo ministerial para absolver os demais réus, com observação.

[...]

Do trecho acima transcrito, observo que o Tribunal, entendendo que o volume e a natureza do entorpecente *servem de fundamento para afastar a mitigadora do parágrafo quarto* (fl. 696), reafirmou os fundamentos contidos no acórdão anterior no que se refere à manutenção do patamar de redução da pena em 1/4 na terceira fase, os quais foram proferidos nos seguintes termos (fls. 397/398 - grifo nosso):

[...]

O entorpecente apreendido é crack, com alto poder de vulneração no usuário. Destarte, imperioso o acréscimo de um sexto à pena-base, na forma do art. 42 da Lei Especial, em concerto com o art. 59 do Código Penal. Nesse sentido: STJ, HC 201398/RJ, Rei. Min. LAURITA VAZ, DJ de 28/02/2013.

Por outro lado, tal circunstância, isoladamente, não é óbice à incidência da mitigadora do parágrafo quarto do tipo penal, sendo tão somente inviável o redutor máximo.

A este teor: STJ, HC 202758/SP, Rei. Min. JORGE MUSSI, DJ de 15/02/2012. E, noutro v. aresto, colhe-se: *"não há ilegalidade na aplicação do redutor no percentual de 1/6, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida em poder do paciente - cocaína -, cuja lesividade é maior do que a de outras drogas, à exceção do crack"* (HC 220867/SP, Rei. Min. JORGE MUSSI, DJ de 24/09/2012).

Em tais circunstâncias, aplica-se o redutor de um quarto para o réu Rafael, de sorte que a reprimenda é reduzida ao importe final de 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 437 (quatrocentos e trinta e sete) dias-multa, no piso inferior.

[...]

Superior Tribunal de Justiça

Com razão o recorrente quando afirma ser inidônea a fundamentação adotada no acórdão, eis que, de fato, genérica e insuficiente a justificar o percentual adotado, considerando que a hipótese trata da apreensão ínfima de 5,600g (cinco gramas e seiscentos miligramas) de cocaína e 0,400g (quatrocentos miligramas) de crack. Com efeito, ainda que considerada a sua natureza e variedade (cocaína e crack), **a quantidade total dos entorpecentes apreendidos (6g)** não justifica, por si só, o patamar de redução adotado no acórdão, o qual se mostra flagrantemente desproporcional.

Em casos análogos, nos quais foram apreendidos quantidades até um pouco maiores, esta Corte Superior entendeu ser devida a fixação do patamar máximo de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º, DO ART. 33, DA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REQUISITOS PREENCHIDOS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. **Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida quantidade não exacerbada de drogas (48,7g de maconha e 8,1g de cocaína), legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006), uma vez que a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias para afastar a sua incidência é abstrata e genérica. Viável o estabelecimento da fração máxima - quantidade não elevada dos entorpecentes apreendidos.**

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Situação concreta em que, formulada nova dosimetria, a pena final é de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mostra-se adequado o regime aberto, diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas e da quantidade não excessiva das drogas apreendidas.

4. Ordem de habeas corpus concedida para reduzir a pena do Paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias multa no mínimo legal.

(HC n. 470.600/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 10/4/2019 – grifo nosso)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA.

Superior Tribunal de Justiça

REDUÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 33 E ART. 44, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. Nesse contexto, na escolha do quantum de redução da pena em razão da incidência do redutor, deve-se levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06). Na hipótese dos autos, o acórdão guerreado não apresentou fundamentação idônea para afastar a causa especial de redução da pena pretendida, porquanto removeu a benesse legal pela quantidade de drogas apreendida, concluindo pelo envolvimento do paciente em atividades criminosas. No entanto, **a quantidade de droga apreendida foi pequena (17,81g de maconha), o que justifica a aplicação da minorante em seu patamar máximo (2/3), conforme o entendimento de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça que julgam matéria penal. Precedentes.**

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Sedimentou-se, ainda, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal - CP em conjunto com o art. 42, da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga. In casu, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal, pois, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código Penal - CP), a pena-base ter sido mantida no mínimo legal, ter sido aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3, a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP) e a quantidade de droga apreendida não ter sido expressiva, o regime a ser imposto deve ser o aberto, de acordo com o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

5. No julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP. Destarte, observo que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, na medida em que não é reincidente em crime doloso e as circunstâncias judiciais o favorecem.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, que se torna definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais o pagamento de 194 dias-multa, fixar o regime prisional aberto para o cumprimento de pena, bem como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, uma consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da pena aplicada, e outra, em

prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo, em favor de entidade pública ou privada com destinação social, a ser definida em execução, como estabelecido na sentença.

(HC n. 493.263/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 20/5/2019 – grifo nosso)

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. ACUSADO QUE NÃO POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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 integrarem organizações criminosas.

3. 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 no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. O fato de o paciente não ter comprovado ocupação lícita, por si só, não constitui elemento suficiente para afastar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

5. Caso em que, não sendo expressiva a quantidade de droga apreendida - 40 porções de maconha (83,22g) e 34 de cocaína (9,84g) -, a míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente e considerando sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal (2/3). Precedentes.

6. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

7. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo Execução.

(HC n. 488.235/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 9/4/2019 – grifo nosso)

Superior Tribunal de Justiça

Dessa forma, de rigor **o redimensionamento da pena pelo tráfico de drogas**, tão somente para fazer incidir, na terceira fase, o percentual máximo de redução em decorrência do reconhecimento do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), ficando **a pena definitiva do acusado redimensionada, portanto, para 1 ano e 8 meses de reclusão.**

No tocante ao regime prisional, registro que os mesmos precedentes jurisprudenciais citados acima indicam que, segundo a orientação desta Corte, *em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código Penal - CP), a pena-base ter sido mantida no mínimo legal, ter sido aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3, a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP) e a quantidade de droga apreendida não ter sido expressiva, o regime a ser imposto deve ser o aberto, de acordo com o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal* (HC n. 493.263/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 20/5/2019 – já transcrito acima).

Na hipótese, a ausência de circunstâncias desfavoráveis ao réu, a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como a incidência do redutor no patamar máximo, resultando numa pena final inferior a 4 anos, são fatores que justificam a **alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto**, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal.

Aliás, este é o teor da Súmula 440/STJ:

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.

Nesse sentido, confirmam-se: HC n. 380.346/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 27/4/2017; HC n. 382.300/RS, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 14/3/2017; entre outros.

Outrossim, a quantidade apreendida na hipótese (5,6g de cocaína e 0,4g de crack), também não possui, por si só, a expressividade suficiente para sustentar a manutenção de regime mais grave que a pena comporta. A propósito: AgInt no AREsp n.

Superior Tribunal de Justiça

1.142.322/SP, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 12/3/2018.

Igualmente inidônea a fundamentação apresentada na sentença para o indeferimento da substituição da reprimenda imposta, porquanto baseada apenas na *hediondez do crime de tráfico de drogas* (fl. 233), sem a indicação de elementos concretos. Sobre o tema, cito: HC n. 377.765/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 13/6/2017.

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, II, *c*, do RISTJ, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial, fixando a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo (2/3), de modo a **redimensionar** a pena definitiva do acusado para **1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto**, bem como **substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais**, tudo nos termos da presente fundamentação.

Publique-se.

Brasília, 03 de outubro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator