

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.581.634 - RS (2019/0274491-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**AGRAVANTE** : ALAN JUNIOR RODRIGUES DO NASCIMENTO  
**ADVOGADOS** : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**DECISÃO**

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu o recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, em desfavor de acórdão assim sumariado:

*APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL DO DELITO. AFASTAMENTO. MÉRITO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO.*

*Réu flagrado no momento em que vendia entorpecente a outrem, que confirmou a aquisição em sede policial. Aliado a isso, tem-se a apreensão de considerável quantidade de entorpecente na posse do denunciado.*

*Preliminar afastada.*

*Apelo improvido (fl. 255).*

A defesa interpôs recurso especial por violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 33, § 2º, "c", e 44 do Código Penal - CP.

Sustenta, em síntese, que o recorrente preenche os requisitos para a redução máxima da pena, ou em maior grau que 1/6, sendo que o acórdão negou a aplicação da fração de 2/3 em razão da quantidade/natureza do entorpecente (20 petecas de cocaína), o que não se justifica.

Alega que a redução da pena em 2/3 permitirá a fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista a incidência das Súmulas ns. 7 e 83 desta Corte.

Apresentada a contraminuta às fls. 311-313. O Ministério Público Federal

opina pelo provimento do especial (fls. 327-331).

É o relatório. Decido.

Conheço do agravo em recurso especial, visto que atacados os fundamentos da decisão agravada.

A irresignação merece provimento.

O Juízo de primeiro grau aplicou a fração de 1/6, consignando:

*a) culpabilidade: a conduta não merece especial reprovabilidade; b) antecedentes: o réu não registra antecedentes criminais; c) conduta social: não há dados para aferir-se; e) motivo: obtenção de lucro fácil/facilitação do uso de entorpecentes; f) circunstâncias: não foram de relevo; g) consequências: são normais aos elementos caracterizadores do tipo; h) comportamento da vítima não propiciou a prática do delito, já que a vítima, nesse caso, é a sociedade.*

*Ausentes circunstâncias desfavoráveis, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão.*

*Inexistem agravantes e atenuantes a serem apreciadas.*

*Mantenho, pois, a pena provisória no mesmo quantum estabelecido, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão.*

*Presente, a minorante prevista no art. 33, par. 4º, da Lei n. 11.343/06, a qual aplico no patamar de um sexto, considerando ser o Réu primário e, em contrapartida, a quantidade e a qualidade das drogas apreendida. Dessa forma, fixo a pena definitiva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão (fl. 191).*

O Tribunal de origem manteve a aplicação do redutor de pena no patamar de 1/6, adotando os seguintes fundamentos:

*Quanto ao pedido de redimensionamento da pena corporal, percebe-se que a sentença caminhou bem e atendeu aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, motivo pelo qual não deve ser reformada (fl. 260).*

Na hipótese, apesar da natureza do entorpecente (cocaína), foi apreendida a pequena quantidade de 3,6g, sem indícios de envolvimento em crimes ou de participação em organização criminosa, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias. Desse modo, desarrazoada a imposição de fração diversa da máxima pela incidência da minorante.

A propósito:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). APLICABILIDADE NA FRAÇÃO MÁXIMA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REDUÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 33 E ART. 44, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.*

*2. A causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 poderá ser aplicada quando cumpridos os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não dedicar-se a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Na hipótese em apreço, resta evidenciado o constrangimento ilegal, pois não houve comprovação de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, pois a quantidade de drogas apreendidas foi pequena (8 porções maconha com peso de 34,98g) e por si só não justifica a aplicação da fração mínima de 1/6, conforme o entendimento desta egrégia Quinta Turma. 3. Reduzida a pena ao patamar inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP) e em razão da primariedade do paciente e da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto.*

*4. O art. 44 do Código Penal é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos. Preenchidos os requisitos legais e sendo pequena a quantidade de drogas apreendidas, faz jus o paciente à referida benesse.*

*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente relativamente ao delito de tráfico de drogas, aplicando a causa redutora de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) em seu patamar máximo, tornando-a definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, fixando o regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções (HC 473.950/SP, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe 22/04/2019).*

*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. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*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 reduzida, 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.*

*3. Segundo o art. 42 da Lei de Drogas, "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".*

*4. No caso, ao contrário do firmado pelo Tribunal de origem, entende-se que a quantidade do entorpecente apreendido - 28 invólucros de maconha (96,6g) - não se mostra elevada, fazendo jus o paciente à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando considerada sua primariedade, bons antecedentes e a ausência, no caso concreto, de elementos indicativos de que integre organização criminosa ou de que se dedique à criminalidade. 4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.*

*5. Estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o cumprimento inicial em regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.*

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

*7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva da paciente em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, substituída, ainda, a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução (HC 309.154/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 3/6/2016).*

Portanto, deve ser redimensionada a pena na terceira fase.

Conforme a sentença, mantenho a pena-base no patamar mínimo de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa; na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes, a pena fica mantida no mesmo patamar de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Na terceira etapa, ausentes causas de aumento e presente a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, aplico a fração de 2/3 de redução e fixo a pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa.

Diante da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a teor dos 59 do CP e 42 da Lei Antidrogas, cabível a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução Penal, uma vez preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

Ante o exposto, conheço do agravo e com fundamento na Súmula n. 568 desta Corte, dou provimento ao recurso especial para redimensionar a pena do recorrente ao patamar de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena por restritivas de direitos, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator