

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.648.973 - SP (2020/0012429-0)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**AGRAVANTE : CLOVIS VITOR SANTANA JUNIOR**  
**ADVOGADOS : BRUNA MIMOSO DE OLIVEIRA - SP379848**  
**JÉSSICA APARECIDA TROIA COSTA DA LUZ - SP398491**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto em face de decisão que inadmitiu o recurso especial, em razão da ausência de comprovação da divergência e da incidência da Súmula 7/STJ.

Requer o provimento do agravo a fim de que seja dado seguimento ao recurso especial.

Apresentada contraminuta, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento.

É o relatório.

DECIDO.

O recurso é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão agravada. Passo, portanto, à análise do mérito.

Consta dos autos que o juízo de primeiro grau condenou o acusado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena de 6 anos e 8 meses, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 666 dias-multa.

Interpostos recursos de apelação pela defesa e pela acusação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso da acusação para fixar o regime inicial fechado, mantendo-se, no mais, a sentença.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Nas razões do especial, sustenta a defesa, em síntese, violação do art. 33, § 2º, *b*, do CP, pois fixou, sem fundamentação idônea, regime prisional mais gravoso que o legalmente previsto; do art. 44 do CP, porquanto não substituiu a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, uma vez que não aplicou redutor previsto no mencionado dispositivo.

Assevera que o réu é primário e que não há provas nos autos que se dedicava ao tráfico de drogas.

Requer, assim, o provimento do recurso especial, a fim de que seja reformado o acórdão recorrido, para aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, em seu patamar máximo, fixar o regime aberto ou

semiaberto para o início de cumprimento da pena, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O voto condutor do acórdão recorrido, no que interessa, assim decidiu (fls. 354-364):

A materialidade dos fatos restou plenamente comprovada nos autos, conforme demonstra o auto de exibição e apreensão (fls. 15) de **133,56 gramas de maconha**.

(...)

a) estando-se atento ao quanto disposto no art. 59 do CP, **as penas-base foram corretamente fixadas** em 06 anos e 08 meses de reclusão e em 666 dias-multa, **o que equivale aos mínimos legais acrescidos de 1/3, em razão de ser a quantidade de entorpecente apreendido significativa**.

b) Nas segunda e terceira e derradeira fases, foram elas mantidas inalteradas, em virtude da ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição.

Corretamente não se aplicou a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob a seguinte e adequada fundamentação, a fls. 268: "Finalmente, **incabível a incidência do disposto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, vez que havia denúncias de que o réu se dedicava à traficância no local dos fatos, conforme relato dos policiais**".

Chegou-se a um total final de 06 anos e 08 meses de reclusão e de 666 dias-multa, que foi tornado definitivo, na ausência de circunstâncias modificadoras outras.

Considerada a situação econômica do réu, é o dia-multa estabelecido à razão de um trigésimo do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

O pleito do Ministério Público merece acolhida, a fixação de regime inicial fechado.

**O regime prisional para início do cumprimento de pena deve ser, por fim, estabelecido no sistema fechado, em razão de ser este o mais adequado ao caso concreto.**

Observe-se que, até passado ainda recente, era pacífico que o estabelecimento de regime inicial diverso do fechado feriria mandamento legal expresso, dada a natureza hedionda do tráfico de entorpecentes (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, todavia, reconheceu, incidentalmente, no julgamento do Habeas Corpus n. 97.256/RS, ocorrido em 16 de dezembro de 2010, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas

restritivas de direitos", contida no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

(...)

Diferentemente do quanto aduzido pelas Patronas do ora apelante, no caso ora em apreço, ele simplesmente não preenche os requisitos que permitiriam, quer a incidência de referida conversão, quer a escolha de regime mais benéfico que o fechado para início do cumprimento da pena.

**O recorrente não faz efetivamente jus à fixação do regime inicial diverso do fechado, em razão do quanto disposto no art. 33, § 3º, do CP, que se remete aos parâmetros subjetivos do art. 59 do CP.**

Por tal razão, mesmo que o *quantum* da pena imposta ao sentenciado o permita, o estabelecimento de regime inicial mais benéfico dependerá, sempre, da análise concreta da culpabilidade do agente, de seus antecedentes, de sua conduta social, de sua personalidade, bem como dos motivos, das circunstâncias e das conseqüências do crime, além do comportamento da vítima.

**A gravidade da dinâmica dos fatos perpetrados, tendo sido constatada quantidade significativa de entorpecente, exige maior rigor por parte do Estado, cabendo a adoção do regime fechado para início do cumprimento de pena, previsto no art. 33, § 2º, alínea "a", do CP.**

Está, por outro lado, ausente o requisito previsto no inciso I, do art. 44 do CP, que relaciona as hipóteses nas quais é possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito. É certo que a conduta ora julgada foi cometida sem violência ou grave ameaça à pessoa. Foi imposta, contudo, privação de liberdade superior a quatro anos, o que, por si só, afasta a possibilidade de aludida conversão.

Destaque-se, ademais, que essa a medida não se mostra, com efeito, suficiente à reeducação do agente, e estaria, de qualquer modo, muito aquém da retribuição estatal necessária ao ilícito.

O tráfico ilícito de entorpecentes é crime de natureza grave, cujas circunstâncias (lucro fácil em detrimento da saúde de outrem) e conseqüências (desestabilização familiar e social), associadas à dinâmica dos fatos julgados nesta ação penal e à personalidade do agente, tornam insuficientes, quer mencionada substituição, quer o início do cumprimento da reprimenda privativa de liberdade em sistema penal menos gravoso.

Em se cuidando de crimes que sejam referentes a tráfico de substância estupefaciente, como o ora sentenciado, aludidos benefícios são evidentemente inadequados à prevenção, à repreensão ou ainda à reeducação do condenado, pois sua permanência em liberdade viria desacompanhada de qualquer instrumento que o impedisse inclusive de reincidir em sua conduta, pondo a perder não apenas a sociedade, mas sua própria recuperação.

Como se vê, o Tribunal de origem manteve exasperada a pena-base em 1/3, *em razão de ser a quantidade de entorpecente apreendido significativa*, bem como afastou a incidência da minorante do tráfico, pois *incabível a incidência do disposto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, vez que havia denúncias de que o réu se dedicava à traficância no local dos fatos, conforme relato dos policiais*".

Em regra, não se presta o recurso especial à revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias. Admite-se, contudo, o reexame quando configurada manifesta violação dos critérios dos arts. 59 e 68, do CP, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, especificamente no que

diz respeito ao tráfico de drogas, a natureza e a variedade da droga apreendida, desde que associadas a uma quantidade não desprezível, constituem fundamento idôneo a justificar tanto o aumento da pena-base, a imposição do regime mais severo, quanto ao indeferimento da substituição das penas. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA (34kg DE MACONHA). APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO IMPROVIDO.

**1. A quantidade e qualidade da droga apreendida podem, em análise conjunta com os demais elementos constantes do processo criminal, interferir na escolha do percentual de redução pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, assim como na fixação do regime prisional e na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

**2. Na hipótese dos autos, diante da expressiva quantidade de droga apreendida - 34kg (trinta e quatro quilos) de maconha -, a decisão agravada restabeleceu a sentença condenatória que fixou o patamar de 1/2 (metade) para aplicação da causa de diminuição de pena, bem como estabeleceu o regime prisional mais gravoso e indeferiu o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

**3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1376334/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 29/08/2014).**

No presente caso, contudo, verifico que foram apreendidas apenas 133,56 gramas de maconha, quantidade que, embora não constitua fundamento suficiente para excluir a tipicidade do crime de tráfico de drogas, não pode justificar tratamento gravoso anormal, seja na valoração da pena-base, na incidência da minorante do tráfico eventual, na fixação do regime prisional ou no indeferimento da substituição das penas. Nesse mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL MINISTERIAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. VALORAÇÃO AFASTADA. ANTECEDENTE MUITO ANTIGO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. APLICADA A OPÇÃO MAIS BENÉFICA. REGIMENTAL IMPROVIDO.

**1. A não relevante quantidade de droga - 4,58g de maconha, 5,6g de**

crack, e 8,3g de cocaína -, desassociada de circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.), não justifica a exasperação da pena-base, por inexistente anormal gravidade.

2. (...)

3. Reconhecida a ausência de fundamentação para aplicação de duas restritivas de direitos, hipótese mais gravosa prevista no § 2º do art. 44 do CP, foi concedida a opção mais benéfica - uma restritiva de direitos mais multa, a ser definida pelo Juízo de origem.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 468.970/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 05/04/2019.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. COCAÍNA. PEQUENA QUANTIDADE. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE QUE JUSTIFIQUE TRATAMENTO RECRUDESCIDO. AGRAVO PROVIDO.

1. A realidade social e das prisões exige maior rigor para admissão de respostas criminais com privação de liberdade.

**2. Em apreensões de não relevante quantidade isolada de maconha, cocaína ou crack, embora não excluída a tipicidade do crime de tráfico de drogas, tampouco pode ser esse fato justificador de tratamento anormalmente gravoso - seja como critério da pena definitiva (na valoração da pena-base, na incidência da minorante do tráfico eventual, na fixação do regime prisional ou na definição de penas substitutivas), seja como valor para a prisão processual, então desnecessária.**

3. Agravo Regimental provido para redimensionar a pena do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório. (AgInt no HC 372.899/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 15/03/2017.)

Ademais, conforme relatado, o recorrente alega fazer jus à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Na presente hipótese, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar, na terceira fase da dosimetria, a causa de diminuição, por entender *"incabível a incidência do disposto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, vez que havia denúncias de que o réu se dedicava à traficância no local dos fatos, conforme relato dos policiais"*.

Por outro lado, as circunstâncias apontadas pelo Tribunal de Justiça são insuficientes para afastar a incidência da referida minorante, mormente porque não houve na origem a constatação da existência de provas suficientemente aptas a indicar que ele se dedicava ao tráfico de forma habitual.

Nesse contexto, ausentes circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, dinheiro, etc.), a não relevante quantidade de entorpecentes autoriza a aplicação do redutor em seu grau máximo e o abrandamento do regime inicial. A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. COCAÍNA. PEQUENA QUANTIDADE. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE QUE JUSTIFIQUE TRATAMENTO RECRUDESCIDO. AGRAVO PROVIDO.

1. A realidade social e das prisões exige maior rigor para admissão de respostas criminais com privação de liberdade.

**2. Em apreensões de não relevante quantidade isolada de maconha, cocaína ou crack, embora não excluída a tipicidade do crime de tráfico de drogas, tampouco pode ser esse fato justificador de tratamento anormalmente gravoso - seja como critério da pena definitiva (na valoração da pena-base, na incidência da minorante do tráfico eventual, na fixação do regime prisional ou na definição de penas substitutivas), seja como valor para a prisão processual, então desnecessária.**

3. *Agravo Regimental provido para redimensionar a pena do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.* (AgInt no HABEAS CORPUS Nº 372.899 - SC, REL. MIN. NEFI CORDEIRO, 6ª Turma, unânime, Dje 15/3/2017).

Reconhecidas as ilegalidade, passo ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, considerando a inexistência de fundamentação válida na exasperação da pena-base, reduzo-a ao mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, conservo a pena no mínimo legal. Na terceira fase, em razão da incidência da causa especial de redução da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, reduzo a pena em 2/3, tornando-a definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa.

Com a redução da pena ora implementada e, em se considerando que o regime mais gravoso foi estabelecido ante a quantidade da droga apreendida e a gravidade abstrata do delito, fixo ao recorrente o regime aberto e substituo a pena reclusiva por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, §2º, c, e 44, ambos do CP.

Ante o exposto, conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial para fixar a pena do réu em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, mais 166 dias-multa, e substituir a pena reclusiva por restritivas de direito, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções.

Publique-se.

Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 23 de março de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator