



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.696 - SP (2014/0309830-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : RODRIGO AMORIM DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO APLICÁVEL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Corte de origem afastou a concessão do redutor da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, considerando que o sentenciado se dedicava à atividade criminosa ou integrava organização criminosa. Assim, acolher a pretensão recursal de inclusão da minorante demandaria necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório, que seria inviável em recurso especial, a teor da Súmula n. 7 da Súmula deste Tribunal

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

3. *In casu*, a pena imposta foi superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos e a causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi afastada em razão da quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas e do sentenciado dedicar-se à atividade criminosa ou integrar organização criminosa.

4. Não há ilegalidade na fixação do regime fechado, pois a natureza e variedade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal.

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.696 - SP (2014/0309830-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : RODRIGO AMORIM DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de fls. 362/368, em que neguei provimento ao recurso especial para manter o v. acórdão proferido pelo Tribunal de origem que afastou a aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ao entendimento de que o réu se dedicava à atividade criminosa ou integrava organização criminosa; que estabeleceu o regime fechado em razão das circunstâncias do crime, da quantidade da droga apreendida e do *quantum* da pena aplicada; e, afastou da substituição da reprimenda por restritiva de direitos, em razão da pena ser superior a 4 anos de reclusão.

A defesa do agravante alega que não se pretende discutir matéria de prova em relação às conclusões utilizadas na fundamentação do v. acórdão proferido pelo Tribunal de origem para afastar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta ainda que não há previsão legal para aplicação de regime diverso daquele previsto no art. 33, § 2º, do Código Penal em razão da natureza e quantidade de entorpecentes e que o artigo 59, do Código Penal em nenhum momento menciona a quantidade e natureza do entorpecente como critério para fins de fixação do regime inicial de cumprimento de pena (fl. 392).

Requer a reconsideração do julgado para a diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e aplicação do regime diverso do fechado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.696 - SP (2014/0309830-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

O agravante não trouxe nenhum argumento apto a desconstituir o fundamento do decisório agravado.

Aprecio a matéria objeto do recurso.

Quanto à minorante da Lei Antidrogas, reitero o que o acórdão recorrido consignou (fls. 274/277):

[...]

No âmbito desta Colenda Câmara, consignou o preclaro DES. LUIZ ANTONIO CARDOSO por ocasião do julgamento da Apelação Criminal nº 990.09.111160-0 (Comarca de Lucélia, j. em 25 de maio de 2010), que "essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas, próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder".

*A lei atual trouxe tratamento distinto para quem oferece droga a pessoa de seu relacionamento sem objetivo de lucro - a rigor, traficante de entorpecentes: § 3º do mesmo artigo 33. Ora, também se reserva tratamento diferenciado no § 4º, pois o redutor se dirige a quem comete uma das condutas puníveis constantes do caput ou do § 1º do artigo 33 quando o agente atua sem ter o lucro por meta, sem intuito de comércio, sem adotar a odiosa e desagregadora propagação narcótica como meio de vida. É assim que se deve considerar a exigência de "não se dedicar às atividades criminosas" (terceira figura dos pressupostos indispensáveis à concessão da benesse)! porque quem procura obter vantagem financeira através do mercadejo de substância clandestina se propõe, claro, a exercer atividade criminosa: presta o torpe serviço **para alguém**, faz a deplorável intermediação **para alguém**, busca aumentar os recursos ilícitos de grupos ou organizações formadas à margem da lei para custear investidas delituosas n'outros setores do submundo. Convenhamos ser fenômeno de extrema raridade o traficante que age solitariamente...*

Se se der outra interpretação ao dispositivo em apreço, de forma a alcançar todo e qualquer agente que preencha os demais requisitos, haverá incontornável discrepância com outras normas da mesma Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, como, por exemplo, a descrição típica de seu artigo 37 (mero informante).

*No caso concreto, a expressiva quantidade e a nocividade do narcótico apreendido [31 invólucros de **cocaína**, pesando 20 gramas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(além de uma porção de 2,7 gramas de **maconha**) - cf. laudos de constatação (fls. 29) e de exame químico-toxicológico (fls. 88/90)], a notícia trazida pelos policiais civis no sentido de que o local em que **Rodrigo** fora detido tem a fama de ser facilitador da nefanda atividade, bem como a circunstância de que o increpado "estava vendendo drogas há alguns dias" (como admitiu informalmente ao policial Djalma Francisco da Luz Filho - fls. 121), tudo isso desautorizava, sem dúvida, a outorga da benesse;

3.3. nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, o regime fechado aflora como obrigatório.

3.4. o pleito modificador da r. deliberação na parte que concedeu liberdade provisória ao irrogado não merece prosperar. Não obstante a quantidade de pena que agora se infligirá ao réu - no regime prisional fechado -, é certo que **Rodrigo** encontra-se em gozo de liberdade provisória desde 10 de outubro de 2011 (data da prolação da r. sentença), não havendo, ao que consta, motivo hábil a impedir continue ele aguardando o trânsito em julgado da r. decisão em liberdade.

4. Por tudo isso, mantidas as basais no mínimo legal e aplicadas as alterações contidas nos parágrafos precedentes (subitem 3.1 a 3.3), as reprimendas definitivamente impostas a **Rodrigo** repousam em reclusiva de 05 (cinco) anos, no regime fechado, e pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa, dosada no mínimo a unidade de cálculo.

O montante apenatório ora fixado impede, de todo modo, a substituição da reclusiva por restritivas de direitos.

5. Diante do exposto, meu voto **nega provimento** ao apelo interposto por **Rodrigo Amorim Silva**. De outro lado, dá parcial provimento ao recurso ministerial para: a) exasperar a sanção imposta ao réu para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, dando-o como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06; b) estipular o regime fechado para o desconto da corporal; c) cassar a benesse prevista nos artigos 43 e 44 do Código Penal.

Mantém-se, no mais, a r. Decisão vergastada.

Intime-se. Comunique-se.

Verifica-se que o Tribunal a quo, diante das circunstâncias fáticas da causa, afastou o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ao concluir que o réu não preenchia todos os seus requisitos. Entender de forma diversa, como pretendido, demandaria o revolvimento das provas carreadas aos autos. Desse modo, incide o enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Nesse mesmo sentido, os seguintes julgados:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. INEXISTÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA CONSIDERADAS PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. A majoração da pena-base, considerando a quantidade (2.953 gramas) e a qualidade (cocaína - massa líquida) da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não destoa da orientação jurisprudencial desta Corte.

3. Nas instâncias ordinárias, soberanas na análise do acervo fático-probatório, ficou afastada a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, por haver indicativos de que o recorrente se dedicava a atividades criminosas. Inviável a revisão da referida conclusão em recurso especial, por a pretensão esbarrar no óbice prescrito pela Súmula 7/STJ.

4. Ademais, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem precedentes no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de 'mula', integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no HC 275.228/AC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 18/6/2014, DJe 4/8/2014).

5. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 729.160/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe de 25/11/2015).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. Concluído pelo Tribunal a quo, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 153,12 g (cento e cinquenta e três gramas e doze centigramas) de maconha e 1.050g (um quilo e cinquenta gramas) de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 347.398/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2016).

Quanto ao regime prisional, ressalto que a pena imposta foi superior a 4 e inferior a 8 anos e a causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi afastada em razão da expressiva quantidade e nocividade da droga apreendida e pelo fato do sentenciado dedicar-se à atividade criminosa e integrar organização criminosa.

Dessa forma, não evidencio ilegalidade na fixação do regime fechado, pois, a quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal – CP. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS ESTABELECEM QUE O PACIENTE DEDICA-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIAS À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias com base na quantidade e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

variedade das drogas apreendidas (11 trouxinhas de maconha, 7 de crack e 27 invólucros de cocaína) e das circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedicava-se a atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, devem ser afastadas as referências feitas, na sentença e no acórdão recorridos, à hediondez do delito de tráfico como fundamentação para a fixação do regime mais gravoso. Todavia, é de ser mantido o regime fechado, pois há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, qual seja, a quantidade, a variedade e a nocividade das drogas apreendidas, tanto que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, de modo que deve ser mantido o regime fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido (HC 290.729/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe de 15/4/2016).

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0309830-0

AgRg no
REsp 1.497.696 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00043610620118260348 348012011004361 43610620118260348

PAUTA: 22/08/2017

JULGADO: 22/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : RODRIGO AMORIM DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : 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 AMORIM DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.