



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.390 - SP (2015/0248961-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MELQUIZEDEQUE MARCELINO GOMES
ADVOGADO : ÊNIO NASCIMENTO ARAÚJO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA DA DROGA. REGIME INICIAL. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turma deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

2. O Tribunal de origem considerou devida a incidência da fração de 1/2, em razão da natureza e da quantidade de drogas apreendidas, de modo que, havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento na fração de metade, deve ser mantido inalterado o *quantum* de redução, máxime porque referidos elementos não foram sopesados para fins de exasperação da pena-base.

3. Em razão da natureza da droga apreendida – dotada de alto poder viciante –, o regime inicial semiaberto é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Conquanto o recorrente haja sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, as peculiaridades do caso concreto (em especial, a natureza da droga apreendida) evidenciam, à luz do inciso III do art. 44 do Código Penal, que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostra uma medida socialmente recomendável.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Recurso especial parcialmente provido, apenas para fixar ao recorrente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.390 - SP (2015/0248961-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MELQUIZEDEQUE MARCELINO GOMES

ADVOGADO : ÊNIO NASCIMENTO ARAÚJO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MELQUIZEDEQUE MARCELINO GOMES interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0030453-37.2014.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado, em primeira instância, à reprimenda de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, havendo sido determinada a substituição da reprimenda por restritiva de direitos (fl. 105).

Em apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso ministerial, para alterar a fração da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, de 2/3 para 1/2 e, consequentemente, aumentar a reprimenda do acusado para 2 anos e 6 meses de reclusão, fixar o regime fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Alega o recorrente, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que estão presentes os requisitos para a incidência do redutor no patamar máximo (fl. 221).

Aduz, ainda, ofensa aos arts. 33, § 2º, e 44, ambos do Código Penal, sob o fundamento de que o regime inicial fechado de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do delito e de que preenche os requisitos legais para a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer o provimento do recurso, para que a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicada em seu grau máximo, seja fixado o regime aberto de cumprimento de pena e seja substituída a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contrarrazões às fls. 251-259.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 274-283, pelo **provimento** do recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.390 - SP (2015/0248961-9)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA DA DROGA. REGIME INICIAL. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turma deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

2. O Tribunal de origem considerou devida a incidência da fração de 1/2, em razão da natureza e da quantidade de drogas apreendidas, de modo que, havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento na fração de metade, deve ser mantido inalterado o *quantum* de redução, máxime porque referidos elementos não foram sopesados para fins de exasperação da pena-base.

3. Em razão da natureza da droga apreendida – dotada de alto poder viciante –, o regime inicial semiaberto é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Conquanto o recorrente haja sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, as peculiaridades do caso concreto (em especial, a natureza da droga apreendida) evidenciam, à luz do inciso III do art. 44 do Código Penal, que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostra uma medida socialmente recomendável.

5. Recurso especial parcialmente provido, apenas para fixar ao recorrente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado, em primeira instância, à reprimenda de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, havendo sido determinada a substituição da reprimenda por restritiva de direitos (fl. 105). Segundo foi apurado, o acusado guardava consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, **36 porções de cocaína, pesando, ao todo, 15,1 gramas.**

Em apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso ministerial, para alterar a fração da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 de 2/3 para 1/2 e consequentemente, aumentar a reprimenda do acusado para 2 anos e 6 meses de reclusão, fixar o regime fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II. A fração da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

O Tribunal de origem assim fundamentou a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no **patamar de 1/2** (fl. 182, destaquei):

Não há qualquer comprovação de vinculação do réu à atividade criminosa. E tratando-se de réu primário, deve incidir a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Entorpecentes. No entanto, **entendo que a fração de metade é mais adequada, tendo em vista a natureza (cocaína) e a quantidade (15 gramas) de entorpecente apreendido.** Assim, a pena fica fixada em dois anos e seis meses de reclusão, e pagamento de duzentos e cinquenta dias-multa.

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, "Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Assim, observa-se que o dispositivo legal estabelece apenas os requisitos necessários para a aplicação da minorante nela prevista, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a fixação do *quantum* de diminuição de pena.

Nesse sentido, tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, **as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.**

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida.

2. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.429.866/MT, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 1º/6/2015).

No caso, o Tribunal de origem considerou devida a incidência da **fração de 1/2, "tendo em vista a natureza (cocaína) e a quantidade (15 gramas) de entorpecente apreendido"** (fl. 182).

Assim, havendo sido concretamente fundamentada a aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da minorante em comento no patamar de 1/2, deve ser mantido inalterado o *quantum* de redução, **máxime porque a natureza da substância entorpecente apreendida não foi sopesada para fins de exasperação da pena-base (que, aliás, ficou estabelecida no mínimo legal).**

Portanto, fica afastada a alegada violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, visto que a aplicação da minorante no patamar de 1/2 ocorreu de forma concretamente motivada.

III. Regime inicial de cumprimento de pena

No que tange ao modo de cumprimento de pena, verifico que o Tribunal de origem entendeu devida a fixação do regime inicial **fechado**, sob os seguintes fundamentos (fl. 182, destaquei):

Também em decorrência das características do entorpecente apreendido, não é possível a fixação de outro regime que não seja o fechado. Trata-se de crime grave, equiparado a hediondo, e a substância em questão possui maior potencialidade lesiva à saúde pública. A adoção do regime mais brando torna ineficaz a aplicação da terapêutica penal.

Sobre a questão posta em discussão, imperioso salientar que, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 –, se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, verifico que o Tribunal de origem entendeu devida a imposição do regime inicial fechado, "**em decorrência das características do entorpecente apreendido**" (fl. 182).

Contudo, uma vez que o recorrente era tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, teve a reprimenda-base fixada no mínimo legal e foi beneficiado com a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o chamado "traficante ocasional" –, **entendo que o regime inicial fechado se mostra excessivamente gravoso no caso.**

Entretanto, como o acusado foi apreendido com substância entorpecente dotada de alto poder viciante – cocaína –, considero que, em razão da natureza da droga, o **regime inicial semiaberto** é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

IV. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

No tocante à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o Tribunal de origem afastou a concessão do benefício "em razão das circunstâncias do delito" (fl. 182).

Sobre a matéria posta em discussão, menciono que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Assim, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões pela Suprema Corte, mostra-se possível, **em princípio**, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Vale mencionar, ainda, que o Senado Federal promulgou a Resolução n. 5 (15/2/2012), determinando a suspensão da expressão "vedada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conversão em penas restritivas de direitos", constante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Contudo, é imperioso salientar que, para a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram previstos no art. 44 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.]

No caso, embora o recorrente seja tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes e não obstante haja sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, verifico que **a Corte estadual fundamentou, concretamente, o indeferimento do benefício em questão**, havendo destacado as "circunstâncias do delito", em especial a "maior potencialidade lesiva à saúde pública" da substância apreendida (fl. 182).

Dessa forma, conquanto o recorrente haja sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, entendo que as peculiaridades do caso concreto (em especial, a natureza da droga apreendida) evidenciam, à luz do inciso III do art. 44 do Código Penal, que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostra uma medida socialmente recomendável.

Nesse sentido, menciono o seguinte julgado:

[...]

Devidamente fundamentada a negativa substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da natureza e da quantidade das drogas apreendidas, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

[...]

(HC n. 239.732/DF, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6ª T., DJe 22/4/2013)

V. Dispositivo

À vista do exposto, **dou parcial provimento ao recurso especial**, apenas para fixar ao recorrente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena (Processo n. 0030453-37.2014.8.26.0050, da 17ª Vara Criminal Central – SP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0248961-9 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.558.390 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00220000 00304533720148260050 220000 304533720148260050 693/2014 6932014
RI002G2ZW0000

PAUTA: 23/02/2016

JULGADO: 23/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MELQUIZEDEQUE MARCELINO GOMES
ADVOGADO : ÊNIO NASCIMENTO ARAÚJO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.