



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 453.544 - SP (2013/0414356-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : DOUGLAS JOHNNY DE SOUZA
AGRAVADO : JEFFERSON DA SILVA
ADVOGADO : DOUGLAS MOTTA DE SOUZA E OUTRO(S) - SP322366
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. A adequação da classificação da conduta suficientemente descrita no acórdão recorrido à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça não demanda o reexame das provas dos autos, mas tão somente a reavaliação dos fatos incontroversos descritos no aresto impugnado.
2. Levando em conta a primariedade do recorrente, seus bons antecedentes, a ausência de elementos concretos que indiquem se dedicar à criminalidade ou integrar organização criminosa, verifica-se que, na espécie, a quantidade de droga, isoladamente considerada, é insuficiente para afastar a concessão da benesse.
3. Agrado regimental não provido.

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 agrado regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 453.544 - SP (2013/0414356-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **DOUGLAS JOHNNY DE SOUZA**
AGRAVADO : **JEFFERSON DA SILVA**
ADVOGADO : **DOUGLAS MOTTA DE SOUZA E OUTRO(S) - SP322366**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra decisão desta Relatoria, que conheceu do AREsp, para "dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de fazer incidir a causa de diminuição no patamar de 1/6 em relação a **DOUGLAS JOHNNY DE SOUZA**, tornando sua pena definitiva em 4 anos, 2 meses e ao pagamento de 417 dias-multa, fixando o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena" (e-STJ, fls. 387-391).

O agravante alega, em suma, que a alteração do entendimento firmado no acórdão impugnado, de que, no "caso em tela, em especial, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, constituem veementes indícios de seu importante envolvimento com a criminalidade ligada ao comércio clandestino de drogas", implica reexame de matéria de fato, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito à Turma Julgadora (e-STJ, fls. 387-391).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 453.544 - SP (2013/0414356-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : DOUGLAS JOHNNY DE SOUZA
AGRAVADO : JEFFERSON DA SILVA
ADVOGADO : DOUGLAS MOTTA DE SOUZA E OUTRO(S) - SP322366
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. A adequação da classificação da conduta suficientemente descrita no acórdão recorrido à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça não demanda o reexame das provas dos autos, mas tão somente a reavaliação dos fatos incontroversos descritos no aresto impugnado.
2. Levando em conta a primariedade do recorrente, seus bons antecedentes, a ausência de elementos concretos que indiquem se dedicar à criminalidade ou integrar organização criminosa, verifica-se que, na espécie, a quantidade de droga, isoladamente considerada, é insuficiente para afastar a concessão da benesse.
3. Agrado regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

A irresignação não merece amparo.

Inicialmente, cumpre destacar que a adequação da classificação da conduta suficientemente descrita no acórdão recorrido à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça não demanda o reexame das provas dos autos, mas tão somente a reavaliação dos fatos incontroversos descritos no aresto impugnado.

Conforme destacado na decisão ora agravada, 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 diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas nem integrarem organização criminosa.

Segundo entendimento desta Corte, o mencionado dispositivo legal tem como objetivo beneficiar, apenas, pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

O acórdão combatido afastou a minorante, nos seguintes termos:

"Os acusados não fazem jus à redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, consideradas as circunstâncias do caso em tela, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, que constituem veementes indícios de seu importante envolvimento com a criminalidade ligada ao comércio clandestino de drogas." (e-STJ, fl. 265.)

Na hipótese, de uma leitura atenta dos autos, verifica-se que se revela ilegal o afastamento da aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, considerando as peculiaridades do feito.

No caso em concreto, levando em conta a primariedade do recorrente, seus bons antecedentes, a ausência elementos concretos que indiquem se dedicar à criminalidade ou integrar organização criminosa, verifica-se que a quantidade de droga, isoladamente considerada (40,51g de *crack*), é insuficiente para afastar a concessão da benesse.

Nesse sentido:

"[...]

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- No caso, sendo a paciente primária e tendo em vista a pequena quantidade da droga apreendida, qual seja, 23,7 gramas de *crack*, não há elementos concretos a indicar, juntamente com as circunstâncias em que ocorreu o delito, que integre organização criminosa ou dedique-se às atividades ilícitas.

- Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena provisória deve ser reduzida na fração de 1/3, diante da nocividade da droga apreendida, que aponta a gravidade concreta do delito. Precedentes.

- 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.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Na espécie, consigne-se que, embora a paciente seja primária e a pena de 3 anos e 4 meses de reclusão comporte, em princípio, o regime aberto, o regime intermediário, qual seja, o semiaberto, é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a nocividade da droga apreendida, elemento que, inclusive, justificou a escolha da fração redutora de 1/3 pelo tráfico privilegiado. Precedentes.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas da paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 333 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 369.470/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 02/12/2016.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, a natureza da droga apreendida (40,51g de *crack*) deve ser sopesada no cálculo da pena, consoante os termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sobretudo quando verificado, como no caso em apreço, que tais elementos não foram considerados na primeira etapa da dosimetria.

Desse modo, sendo tal circunstância elencada legalmente como preponderante, a pena deve ser reduzida, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no mínimo legal (1/6).

A propósito, cito os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A natureza, a quantidade e a diversidade de drogas apreendidas - 92,82 g de crack acondicionados em 19 invólucros de plástico, 42,85 g de cocaína acondicionados em 2 invólucros de plástico - justificam a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo legalmente previsto.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 124.897/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 17/03/2016.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 11,51G DE *CRACK* E 8,75G DE COCAÍNA. *QUANTUM* DA DIMINUIÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. [...]. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A quantidade e a natureza da droga apreendida podem interferir na escolha do percentual da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de n. 11.343/2006. Precedentes.

[...]."

(HC n. 335.771/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 1º/12/2015.)

Passo à readequação da dosimetria da pena de **DOUGLAS JOHNNY DE SOUZA**.

A pena-base deve ser mantida no mínimo legal em 5 anos e 500 dias-multa. Não há alterações a serem feitas na segunda fase. Faço incidir a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar de 1/6, logo, **a pena definitiva fica em 4 anos e 2 meses de reclusão, mais 417 dias-multa**.

Em relação ao regime prisional, verifica-se que os fundamentos utilizados pelo acórdão recorrido não são suficientes para a fixação regime mais gravoso do que o legalmente previsto. Confira-se:

"Quanto ao regime prisional a ser observado para o início da execução da pena privativa de liberdade, será o inicial fechado, em conformidade com o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, pois é o legal e compatível com as circunstâncias do caso em tela." (e-STJ, fl. 265.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, o cumprimento inicial no regime fechado foi fixado, exclusivamente, com base na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas. Entretanto, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que: "(...) a hediondez e a gravidade abstrata do crime não constituem motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso. Inteligência dos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e n. 440 desta Corte Superior de Justiça." (HC 339.580/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 4/2/2016, DJe 15/2/2016).

Desse modo, uma vez que o réu **DOUGLAS JOHNNY DE SOUZA** teve a pena estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, é primário, o regime semiaberto é o adequado para o início do cumprimento da pena reclusiva, conforme art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

A propósito:

"[...]

1. Se as instâncias ordinárias entenderam que a recorrente integrava organização criminosa, não há como rever tal entendimento na via do recurso especial, uma vez que a desconstituição do que lá ficou decidido implicaria, necessariamente, no revolvimento do conjunto fático-probatório. Súmula n. 7 do STJ.

2. 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.

3. O regime mais gravoso que o patamar de pena aplicada 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.

4. Hipótese em que o regime fechado foi estabelecido pelo acórdão recorrido com base apenas na hediondez e na gravidade abstrata do delito. Dessa forma, tratando-se de ré primária condenada à pena privativa de liberdade inferior a 8 anos, faz jus ao regime semiaberto.

5. Incabível a substituição ante o não preenchimento do requisito objetivo.

6. Agravo regimental não provido. *Habeas corpus* concedido de ofício para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena."

(AgRg no AREsp 859.476/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 12/08/2016.)

Por fim, mantida a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. O recorrente não atende ao requisito objetivo para o deferimento da permuta legal (no mesmo sentido: "Não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal, na hipótese em que a pena aplicada é superior a 4 anos de reclusão" – AgRg no AREsp 681.222/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 1/9/2015).

Diante do exposto, **nego provimento** ao agravo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0414356-3

AgRg no
AREsp 453.544 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00151446920118260344 151446920118260344 3440120110151445 86911 8692011

PAUTA: 25/04/2017

JULGADO: 25/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DOUGLAS JOHNNY DE SOUZA
AGRAVANTE : JEFFERSON DA SILVA
ADVOGADO : DOUGLAS MOTTA DE SOUZA E OUTRO(S) - SP322366
AGRAVADO : 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 : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : DOUGLAS JOHNNY DE SOUZA
AGRAVADO : JEFFERSON DA SILVA
ADVOGADO : DOUGLAS MOTTA DE SOUZA E OUTRO(S) - SP322366
INTERES. : 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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.