



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.053.187 - SP (2017/0027102-6)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RENATO RAFAEL JORGE
ADVOGADO : LEONARDO POLONI SANCHES - SP158795
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. REQUISITOS PREENCHIDOS. QUANTUM DE REDUÇÃO. FRAÇÃO DE 2/3. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.
 2. Hipótese que o Tribunal de origem negou a aplicação do benefício em virtude, tão somente, da quantidade da droga apreendida, não tendo indicado, em nenhum momento, que tais elementos evidenciariam dedicação à atividade criminosa.
 3. Estando devidamente fundamentada pelo Juízo de 1º grau a aplicação da fração máxima pelo reconhecimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, a sua revisão exigiria o reexame fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.
3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.053.187 - SP (2017/0027102-6)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **RENATO RAFAEL JORGE**
ADVOGADO : **LEONARDO POLONI SANCHES - SP158795**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão que conheceu do agravo e deu parcial provimento ao recurso especial defensivo, para restabelecer a sentença de primeiro grau, quanto à incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução.

Sustenta o *Parquet* que a natureza e a quantidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes, inclusive, para fins da escolha do quantum da redução no tráfico privilegiado (fls. 469/470).

Salienta que a fração de redução aplicada no caso vertente – 2/3 – é flagrantemente desproporcional, tendo em vista que foi desconsiderado o fato de que, com o Réu, fora apreendida vasta quantidade de droga (fl. 472), consistente em 226,01g de maconha.

Requer, assim, a reconsideração da decisão ou a submissão do feito à Sexta Turma.

Intimado, o agravado se manifestou às fls. 484/489.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.053.187 - SP (2017/0027102-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

A despeito das razões apresentadas, o agravante não trouxe argumentos capazes de reformar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

RENATO RAFAEL JORGE, condenado pelo crime de tráfico de entorpecentes, às penas de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, interpôs recurso especial pretendendo a desclassificação para a figura do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006, ao argumento de que as provas dos autos evidenciariam a *eventualidade, relacionamento entre os usuários, ausência de fins lucrativos e consumo conjunto* (fls. 397/398).

Pretendeu, ainda, no recurso especial, a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Subsidiariamente, buscou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com fundamento no art. 44 do CP.

A decisão ora agravada, afastou o pleito desclassificatório, com fundamento no óbice da Súmula 7/STJ.

Por outro lado, no que se refere à minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o recurso especial restou provido, sendo este o ponto de irrisignação do Ministério Público.

Conforme exposto na decisão agravada, a sentença de primeiro grau reconheceu a incidência da minorante, conforme os fundamentos a seguir (fl. 281):

Aqui, de rigor a aplicação da causa de diminuição, pois, conforme ficou bem demonstrado durante a instrução processual, o acusado é primário e não ostenta antecedentes, não havendo qualquer prova de que se dedicava a atividades criminosas, fazendo somente uso de drogas e aceitando vendê-la para sustentar seu vício. Nota-se, assim, que o crime foi praticado devido à sua condição de usuário, não de criminoso contumaz.

Reduzo, portanto, a pena em 2/3, tornando-a definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa.

O Tribunal de Justiça, revendo tal entendimento, afastou a causa de diminuição da pena nos seguintes termos (fls. 384):

*Na terceira e última fase da dosimetria, foi o apelante indevidamente beneficiado com a redução da pena, pois **não era o caso de reconhecimento da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.***

Primeiramente, impende frisar que enquanto não declarada a inconstitucionalidade, por eventual violação ao princípio da proporcionalidade das penas e pela via ordinária própria, continua plenamente em vigor o dispositivo legal atacado.

*Por outro lado, **apesar de primário e sem antecedentes criminais,***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a elevada quantidade de droga apreendida obstava o reconhecimento do aludido redutor, pois não é suficiente o mero preenchimento objetivo dos requisitos preconizados no aludido dispositivo legal — primariedade, bons antecedentes e não dedicação às atividades criminosas ou participação em organização criminosa — para que seja declarado o direito à diminuição da pena.

Há, também, necessidade da fiel observância do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, que estabelece que a natureza e a quantidade da substância ou produto entorpecente devem ser consideradas, com preponderância, sobre o que dispõe o artigo 59, do Código Penal, permitindo, por isso mesmo e por antítese ao primeiro dispositivo (artigo 42), até mesmo a negativa da redução.

Por conta disso, além das circunstâncias pessoais favoráveis (artigo 59, do CP) e por oposição à regra do artigo 42, da Lei de Drogas, não pode ser excessiva, como na hipótese dos autos, a quantidade de entorpecente apreendida e ilegalmente destinada ao comércio, sob pena de inaplicabilidade do redutor em questão.

E não se pode perder de vista que foram confiscadas 226,01g de maconha (peso líquido), quantidade suficiente para atingir a um número muito grande de consumidores, quiçá crianças e adolescentes.

De fato, o acórdão objurgado destoa da orientação desta Corte Superior, segundo a qual os condenados pelo crime do art. 33 da Lei antidrogas terão a pena diminuída, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Tais premissas fáticas restaram devidamente estabelecidas pelas instâncias ordinárias.

Assim, considerando-se a primariedade e os bons antecedentes, e ausentes elementos concretos que evidenciem a dedicação a atividades criminosas ou que o acusado integrasse organização criminosa, necessária a incidência do redutor do § 4º do art. 33 do mencionado estatuto.

Confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDENAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REEXAME DE FATOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM 1/3. SUFICIENTE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA. MODO INTERMEDIÁRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Os pedidos de absolvição ou de desclassificação da condenação pelo delito de tráfico de drogas para o de uso próprio não podem ser apreciados por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, uma vez que demandam o exame do conjunto fático-probatório dos autos. Precedentes.

3. **Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).**

4. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum dessa redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

5. **Hipótese em que a falta de ocupação lícita pelo agente, a natureza e a quantidade de droga apreendida (23 g de cocaína e 75 g de maconha), in casu, não justificam o afastamento do redutor pelo tráfico privilegiado. A míngua de elementos concretos que indiquem a dedicação do paciente a atividades criminosas, e considerando sua primariedade e bons antecedentes, é suficiente a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em 1/3, atento aos vetores do art. 42 da referida norma. Manifesta ilegalidade verificada.**

6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Estabelecida a pena definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão, revela-se correta a imposição do regime inicial semiaberto, diante da valoração negativa, na terceira fase, da quantia e da natureza da droga encontrada, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.

8. "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (HC n. 126.292/SP, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/3, ficando a pena final em 3 anos e 4 meses de reclusão, mais pagamento de 333 dias-multa, e para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

(HC 370.350/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NEGATIVA PELA SIMPLES QUANTIDADE DE DROGA, SEM INDICATIVOS DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ILEGALIDADE FLAGRANTE. APLICAÇÃO DEVIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

3. **Hipótese que o Tribunal de origem negou a aplicação do benefício em virtude, tão somente, da quantidade da droga apreendida, não tendo indicado, em nenhum momento que tais elementos evidenciarium dedicação à atividade criminosa.**

4. **A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 constitui direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena, devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 ser utilizados não como óbice à sua concessão, mas como vetoriais norteadoras da fixação do quantum de redução a ser aplicado no caso. Precedentes.**

5. Desde o julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI) foi declarada inconstitucional, incidenter tantum, pelo Plenário do STF a previsão legal (art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo as regras do art. 33 do CP ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados. Precedentes.

6. Outrossim, não subsiste a vedação legal à substituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista na parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido declarado inconstitucional, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com a edição da Resolução 05/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal.

7. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria das penas, com a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, bem como fixe o regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do art. 33 do CP, afastada a previsão legal do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007, examinando, ainda, a possibilidade da concessão da substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, à luz do art. 44 do CP, excluída a vedação legal do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 (parte final).

(HC 288.170/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 25/10/2016)

Considerando, assim, a jurisprudência pacífica do STJ, a decisão agravada restabeleceu a sentença de primeiro grau, relativamente à causa de diminuição da pena, fixada naquela instância ordinária em seu grau máximo (2/3).

Conforme relatado, o Ministério Público, nesta sede, entende que, considerando-se a quantidade de droga apreendida (226,01 gramas de maconha), e a teor do art. 42 da Lei 11.343/06, a redução da pena em seu grau máximo (2/3) seria flagrantemente desproporcional.

Novamente, transcrevo a fundamentação da sentença primeva, no ponto (fl. 281):

Aqui, de rigor a aplicação da causa de diminuição, pois, conforme ficou bem demonstrado durante a instrução processual, o acusado é primário e não ostenta antecedentes, não havendo qualquer prova de que se dedicava a atividades criminosas, fazendo somente uso de drogas e aceitando vendê-la para sustentar seu vício. Nota-se, assim, que o crime foi praticado devido à sua condição de usuário, não de criminoso contumaz.

Reduzo, portanto, a pena em 2/3, tornando-a definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa.

Estando devidamente fundamentada pelo juízo de primeiro grau a aplicação da fração máxima pelo reconhecimento da minorante, tendo em vista que o crime foi praticado devido à condição de usuário do acusado, e não de criminoso contumaz, a sua revisão exigiria o reexame fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0027102-6

AgRg no
AREsp 1.053.187 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0004274512014 00042745120148260346 0037140000 20160000421899 3322/2014
33222014 37140000 42745120148260346 RI0037Z140000

PAUTA: 24/10/2017

JULGADO: 24/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : RENATO RAFAEL JORGE
ADVOGADO : LEONARDO POLONI SANCHES - SP158795
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 : RENATO RAFAEL JORGE
ADVOGADO : LEONARDO POLONI SANCHES - SP158795
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.