



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.508.704 - RJ (2015/0011149-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : RAFAEL LOPES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. RECURSO NÃO 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. As instâncias ordinárias consideraram devida a incidência da fração de 1/6, "em razão da natureza e da grande quantidade de drogas apreendidas em poder do embargante (588,47 gramas de maconha e 75,42 gramas de cocaína), o local da prisão e as circunstâncias do delito", de modo que, havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante no patamar mínimo, deve ser mantido inalterado o *quantum* de redução, máxime porque a quantidade da droga apreendida não foi sopesada para fins de exasperação da pena-base.

3. Uma vez que o recorrente foi definitivamente condenado a reprimenda inferior a 8 anos e superior a 4 anos de reclusão, todas as circunstâncias judiciais foram tidas como favoráveis (tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal) e houve a incidência da causa de diminuição de pena inserta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o chamado "traficante ocasional" –, o regime inicial semiaberto, efetivamente, é o que se mostra o mais adequado para a repressão e a prevenção do delito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

4. Em razão do *quantum* da reprimenda (superior a 4 anos), não há como ser fixado ao recorrente o regime aberto de cumprimento de pena, em atenção ao disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

5. Não há como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista que o recorrente foi definitivamente condenado à reprimenda de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

6. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, 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), 02 de fevereiro de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.508.704 - RJ (2015/0011149-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : RAFAEL LOPES

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

RAFAEL LOPES interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** (Embargos Infringentes e de Nulidade n. 06943-82.2012.8.19.0042).

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado, em primeira instância, às reprimendas de: a) 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III e VI, todos da Lei n. 11.343/2006; b) 4 anos de reclusão, em regime aberto, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

Em apelação, o Tribunal de origem, por maioria, deu parcial provimento ao recurso da defesa, a fim de absolver o acusado quanto ao crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, e reviu "a dosimetria quanto ao crime do art. 33, c/c art. 40, III e VI, da Lei nº 11.343/06, para reduzir a pena para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 486 dias-multa" (fl. 313).

Nas razões do recurso especial, alega o recorrente contrariedade ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que a causa especial de diminuição de pena deve ser aplicada no patamar máximo, porquanto "estão provados a primariedade e os não antecedentes criminais, inexistindo prova de dedicação a atividades criminosas e integração a organização criminosa" (fl. 384).

Afirma, também, ofensa aos arts. 33, § 2º, do Código Penal e 44 da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que "o tráfico privilegiado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admite regime aberto" (fl. 388), bem como a substituição da pena 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 aplicada em seu patamar máximo, seja fixado o regime aberto de cumprimento de pena e seja determinada a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contrarrazões às fls. 398-407.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 426-430, pelo **não provimento** do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.508.704 - RJ (2015/0011149-5)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. RECURSO NÃO 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. As instâncias ordinárias consideraram devida a incidência da fração de 1/6, "em razão da natureza e da grande quantidade de drogas apreendidas em poder do embargante (588,47 gramas de maconha e 75,42 gramas de cocaína), o local da prisão e as circunstâncias do delito", de modo que, havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante no patamar mínimo, deve ser mantido inalterado o *quantum* de redução, máxime porque a quantidade da droga apreendida não foi sopesada para fins de exasperação da pena-base.

3. Uma vez que o recorrente foi definitivamente condenado a reprimenda inferior a 8 anos e superior a 4 anos de reclusão, todas as circunstâncias judiciais foram tidas como favoráveis (tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal) e houve a incidência da causa de diminuição de pena inserta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o chamado "traficante ocasional" –, o regime inicial semiaberto, efetivamente, é o que se mostra o mais adequado para a repressão e a prevenção do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

4. Em razão do *quantum* da reprimenda (superior a 4 anos), não há como ser fixado ao recorrente o regime aberto de cumprimento de pena, em atenção ao disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

5. Não há como determinar a substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos, haja vista que o recorrente foi definitivamente condenado à reprimenda de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

6. Recurso especial não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado, em primeira instância, às reprimendas de: a) 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III e VI, todos da Lei n. 11.343/2006; b) 4 anos de reclusão, em regime aberto, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

Segundo foi apurado, o acusado **transportava, no interior de transporte público coletivo (ônibus), para fins de tráfico, 90 embalagens de cocaína, com peso de 75,42 g; 343 embalagens de maconha, pesando 580,10 g; 1 embalagem de maconha, contendo 8,37 g.**

Em apelação, o Tribunal de origem, por maioria, deu parcial provimento ao recurso da defesa, a fim de absolver o acusado quanto ao crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, e reviu "a dosimetria quanto ao crime do art. 33, c/c art. 40, III e VI, da Lei nº 11.343/06, para reduzir a pena para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 486 dias-multa" (fl. 313).

Contra esse acórdão, foram interpostos embargos infringentes, os quais, no entanto, não foram providos.

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

O Juiz sentenciante assim fundamentou a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no **patamar de 1/6** (fl. 207, destaquei):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são favoráveis ao réu, o qual possui como única anotação em sua folha penal às fls. 133/135 o presente processo, fixo a pena-base no mínimo legal, em (05) cinco anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, a qual aumento em um terço, ou seja, em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, com fulcro no art. 40, III e VI, da lei 11.343/06, uma vez que o crime foi praticado no interior de transporte coletivo e ainda com envolvimento de adolescente, perfazendo uma pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, a qual **reduzo no patamar mínimo de um sexto, com base no art. 33, § 4º, da lei 11.343/06, na medida em que o réu é primário, tem bons antecedentes e, não obstante a considerável quantidade de entorpecente apreendida por ocasião de sua prisão em flagrante, os relatos das testemunhas de Defesa permitem concluir ter o acusado boa conduta social**, chegando assim a uma pena definitiva de 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa.

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve inalterado o percentual de diminuição de pena, consoante a seguir descrito (fl. 313, destaquei):

Mantenho o redutor de 1/6 aplicado na sentença pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, alcançando a pena final de 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, cada um no valor mínimo legal.

Por ocasião dos embargos infringentes, a Corte estadual novamente manteve o patamar de redução de pena, nos seguintes termos (fl. 367, destaquei):

Incabível a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 no patamar máximo, ou seja, na fração de 2/3, revelando-se inadequada diante das circunstâncias do fato delituoso, o local da prisão, a natureza das drogas e a elevada quantidade apreendida.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embora o réu seja primário, com bons antecedentes, no caso em tela, **entendo que a diminuição em questão deve ser mantida em seu patamar mínimo (1/6), em razão da natureza e da grande quantidade de drogas apreendidas em poder do embargante (588,47 gramas de maconha e 75,42 gramas de cocaína), o local da prisão e as circunstâncias do delito, o que está em consonância com o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.**

Ademais disso, o policial militar Leandro Gonçalves de Medeiros declarou que “já conhecia o réu, cuja alcunha era 'Traquinas', pelo envolvimento com o tráfico de drogas, e que o acusado traficava na localidade do Meudon e era responsável por uma boca de fumo na Avenida Tenente Luiz Meireles, próximo ao mercado Aurora”...

Assim, diante de tais declarações e a grande quantidade de drogas, fica evidente que o agravante não era nenhum iniciante na empreitada criminosa.

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, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, as instâncias ordinárias entenderem devida a incidência da **fração de 1/6**, "em razão da natureza e da grande quantidade de drogas apreendidas em poder do embargante (588,47 gramas de maconha e 75,42 gramas de cocaína), o local da prisão e as circunstâncias do delito" (fl. 367).

Ressaltou, ainda, que um policial militar declarou que "o acusado traficava na localidade do Meudon e **era responsável por uma boca de fumo** na Avenida Tenente Luiz Meireles" (fl. 367).

Assim, havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento no patamar de 1/6, deve ser mantido inalterado o *quantum* de redução, **máxime porque a quantidade de 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 1/6 ocorreu de forma concretamente motivada.

III. Regime inicial de cumprimento de pena

No que tange ao modo de cumprimento de pena, verifico que o Juiz sentenciante entendeu devida a fixação do regime inicial **semiaberto**, "com fulcro no art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal, no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, e ainda no disposto na Resolução nº 5/2012, do Senado Federal" (fl. 207).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve inalterada a imposição do modo inicialmente **semiaberto**, "com base no art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal" (fl. 313).

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.

Dessa forma, uma vez que o recorrente foi definitivamente **condenado a reprimenda inferior a 8 anos e superior a 4 anos de reclusão**, todas as circunstâncias judiciais foram tidas como **favoráveis** (tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal – fl. 170) e houve a **incidência da causa de diminuição de pena** inserta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o chamado "traficante ocasional" –, entendendo que o regime inicial **semiaberto**, efetivamente, é o que se mostra o mais adequado para a repressão e a prevenção do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Ressalto que, em razão do *quantum* da reprimenda (superior a 4 anos), não há como ser fixado ao recorrente o regime aberto de cumprimento de pena, em atenção ao disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

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

No tocante à pretendida substituição da pena privativa de liberdade aplicada por restritiva de direitos, entendendo inviável a concessão do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benefício, haja vista que o recorrente foi definitivamente condenado a reprimenda de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, **superior**, portanto, ao limite objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento** ao recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0011149-5

REsp 1.508.704 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00069438220128190042 14912 1492012 200103342050140 201425451832 69438212
69438220128190042

PAUTA: 02/02/2016

JULGADO: 02/02/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : RAFAEL LOPES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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 recurso especial, 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.