



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.635.522 - ES (2016/0286973-8)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : EDUARDO DA SILVA COELHO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06 COM BASE NA QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS. PECULIARIDADES DO CASO. PEQUENA QUANTIDADE DE ESTUPEFACIENTES APREENDIDA. PRIMARIEDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÁXIMO LEGAL.

I - A expressiva quantidade de droga apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (**precedentes**) -, ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena.

II - **In casu**, a quantidade de drogas apreendidas (8 gramas de cocaína e 4 pedras - 1,7 gramas - de **crack**), **por si só**, não se revela expressiva a ponto de impedir a incidência da fração máxima da minorante, ainda mais diante da inexistência de outras circunstâncias do caso concreto que autorizariam a conclusão de que o agravante dedicar-se-ia à atividade do tráfico.

III - Assim, tendo em vista que o agravante é primário, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no percentual de 2/3 (dois terços).

IV - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao agravante, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

Agravo regimental provido para aplicar o redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 no percentual de 2/3 (dois terços), fixando a pena em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, no regime **aberto** para início do cumprimento da pena, competindo ao d. juízo **a quo** examinar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

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, dar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

Brasília (DF), 18 de abril de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.635.522 - ES (2016/0286973-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por EDUARDO DA SILVA COELHO contra decisão por mim proferida, na qual não conheci do recurso especial por entender que a revisão das conclusões a que chegou a eg. Corte **a quo** demandaria nova incursão no acervo probatório dos autos.

No presente agravo regimental, busca o agravante a reforma da decisão sustentando a inaplicabilidade da súmula nº 7 deste Tribunal Superior.

Sustenta, outrossim, que *"matérias semelhantes já foram enfrentadas pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos especiais e de agravos em recursos especiais interpostos pela própria Defensoria recorrente, sem se cogitar da aplicação da Súmula 07/STJ"* (fl. 197).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou, caso contrário, a submissão da matéria ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.635.522 - ES (2016/0286973-8)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06 COM BASE NA QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS. PECULIARIDADES DO CASO. PEQUENA QUANTIDADE DE ESTUPEFACIENTES APREENDIDA. PRIMARIEDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÁXIMO LEGAL.

I - A expressiva quantidade de droga apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (**precedentes**) -, ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena.

II - **In casu**, a quantidade de drogas apreendidas (8 gramas de cocaína e 4 pedras - 1,7 gramas - de **crack**), **por si só**, não se revela expressiva a ponto de impedir a incidência da fração máxima da minorante, ainda mais diante da inexistência de outras circunstâncias do caso concreto que autorizariam a conclusão de que o agravante dedicar-se-ia à atividade do tráfico.

III - Assim, tendo em vista que o agravante é primário, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no percentual de 2/3 (dois terços).

IV - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao agravante, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

Agravo regimental provido para aplicar o redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

percentual de 2/3 (dois terços), fixando a pena em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, no regime **aberto** para início do cumprimento da pena, competindo ao d. juízo **a quo** examinar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: O agravo deve ser provido.

O eg. Tribunal **a quo**, ao analisar a dosimetria da pena, concluiu pela aplicação do percentual mínimo de 1/6, referente ao redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, **in verbis**:

"[...]

Após compulsar os autos, observo que a materialidade do crime de tráfico ilícito de drogas restou comprovada, conforme se vê do auto de apreensão (fl. 17) e do laudo de exame químico (fls. 53 e verso), atestando que os produtos encontrados pelos policiais consistem em quatorze (14) papелotes de cocaína, pesando ao todo oito gramas (8g), bem como quatro (4) pedras de crack, pesando ao todo um grama e sete decigramas (1,7g).

[...]

Na terceira fase, incide a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, motivo pelo qual, diante da variedade, natureza e quantidade de entorpecentes encontrada com o réu, reduzo a reprimenda na fração de um sexto (1/6), fixando-a definitivamente em quatro (4) anos e dois (2) meses de reclusão" (fls. 128-130).

De fato, esta Corte vem decidindo que a expressiva quantidade de droga apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a incidência do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa -, ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena.

Com efeito, o art. 42, da Lei 11.343/2006, determina que, na fixação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a **natureza e a quantidade da substância** ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes, tendo a finalidade de conferir isonomia aos infratores, dando tratamentos desiguais para os que são diferentes.

Na espécie, contudo, tenho que a quantidade de droga apreendida, com o paciente, conquanto diversificada, (8 gramas de cocaína e 4 pedras - 1,7 gramas - de **crack**), **por si só**, não se revelam aptos a evidenciar que ele se dedica à atividade criminosa ou integra organização criminosa. Ademais, não foram declinadas as circunstâncias **do caso concreto** que corroborariam tal conclusão.

Assim, tendo em vista que o agravante é primário, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. Entretanto, em consonância com o art. 42 da nova Lei de Tóxicos, utilizo a **quantidade** de droga apreendida (8 gramas de cocaína e 4 pedras -1,7 gramas - de **crack**) como parâmetro, diminuindo a pena aplicada em 2/3 (dois terços).

Veja-se os seguintes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE ÍNFINITA (1,1 G). APLICAÇÃO DO REDUTOR NO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA DO DELITO DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. 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. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primários, possuem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. Não há bis in idem nas decisões impugnadas, quando, no cálculo da pena, foram considerados argumentos distintos para majorar a pena-base (o envolvimento de inúmeros adolescentes) e para definir o índice de redução, pela causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (a natureza da droga).

4. É manifestamente desproporcional a redução da pena no mínimo legal (1/6), pela incidência da minorante em questão, com fulcro, apenas, na natureza do entorpecente (cocaína), diante da ínfima quantia da substância apreendida (1,1 g), aliada ao fato de que a paciente é primária e não há prova de que se dedica ao tráfico de entorpecentes ou integre organização criminosa. Aplicação do índice de diminuição em 2/3. Precedente.

5. Fixada a sanção corporal em patamar inferior a quatro anos de reclusão e sendo desfavoráveis as circunstâncias do delito, que justificaram o aumento da pena-base, revela-se correta a imposição do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau máximo, redimensionando a pena da paciente para 1 anos e 10 meses de reclusão mais 166 dias-multa" (HC n. 372.496/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 7/12/2016).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADO PRESO COM PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE NÃO LEVAM À CONCLUSÃO DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. FRAÇÃO MÁXIMA APLICADA, PARA EVITAR O VEDADO BIS IN IDEM. PENA REDUZIDA PARA PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA. PACIENTE PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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 o paciente primário e tendo em vista a pequena quantidade da droga apreendida, qual seja, 5 gramas de crack, não há elementos concretos a indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, que integre organização criminosa ou dedique-se às atividades ilícitas.

- Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena provisória deve ser reduzida na fração máxima de 2/3, pois configura indevido bis in idem a utilização da quantidade/nocividade da droga para fundamentar aumento da pena-base e, também, para definir o quantum de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

- 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 necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n.

97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012.

- Hipótese em que, considerando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, a primariedade do acusado e a pequena quantidade da droga apreendida (5 gramas de crack), deve ser fixado, nos termos do art.

33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, o regime aberto para cumprimento da pena e substituída a pena corporal por duas medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Execuções Penais, ante o trânsito em julgado da condenação.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituída a pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais" (HC n. 364.447/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 26/9/2016).

"[...]

TRÁFICO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS, NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL NÃO MOTIVADA E DESPROPORCIONAL. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. **Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor no patamar máximo, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as particularidades do caso concreto - apreensão de 27,98 gramas de maconha - e a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais**, especialmente em se considerando a ausência de justificação para a escolha da fração mínima eleita pela Corte impetrada.

"[...]

3. **Writ** não conhecido, concedendo-se, contudo, **habeas corpus** de ofício para: a) aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 2/3 (dois terços), tornando a reprimenda do paciente definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa;

b) substituir a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução; e c) fixar o regime inicial aberto" (HC n. 240.986/MA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 1º/2/2013).

O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33 e do art. 59, ambos do Código Penal, bem como os verbetes 440 da súmula do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal (HC n. 277.310/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014).

O ora agravante, não reincidente, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de **5 (cinco) anos** de reclusão, e, com a redução pela fração máxima de 2/3 (dois terços) em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, faz jus ao regime **aberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, alínea "c" e §3º, do Código Penal.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para aplicar a redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 no percentual de 2/3 (dois terços), fixando a pena em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, no regime **aberto** para início do cumprimento da pena, competindo ao d. juízo **a quo** examinar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0286973-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.635.522 / ES**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00250515520138080035 035130138809 250515520138080035 35130138809

PAUTA: 18/04/2017

JULGADO: 18/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EDUARDO DA SILVA COELHO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EDUARDO DA SILVA COELHO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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