



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.667.577 - SP (2017/0089974-4)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : JOSUE GOULART GIMENEZ
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA REDUTORA INSERTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 NO GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

I - 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 n. 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.

II - **In casu**, o Tribunal de origem, ao aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em 1/6 (um sexto) considerou as diretrizes estabelecidas no art. 42 da Lei de Drogas (foram apreendidas 22,74g de crack e 51,11g de maconha).

III - Ademais, a alteração do patamar redutor demanda perpasse vedado, contudo, sob ângulos distintos que se mesclam: por um prisma, ofensa ao princípio do livre convencimento motivado, dada a fixação em patamar inferior ao máximo com base em elementos fático-probatórios, atraindo, por outro vértice, igualmente, a **Súmula 7/STJ**, dada a vedação da sua análise pela via eleita.

Agravo 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 agravo regimental.

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

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2017 (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.667.577 - SP (2017/0089974-4)

AGRAVANTE : JOSUE GOULART GIMENEZ
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por **JOSUÉ GOULART GIMENEZ**, contra a decisão que conheceu do agravo, mas não conheceu do recurso especial em razão do óbice da **Súmula 7/STJ**, assim ementada:

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA REDUTORA INSERTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 NO GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO" (fl. 469).

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pelo MM. Juiz de primeiro grau, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, à pena de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, operando-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 167-177).

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuseram apelações, com vistas à reforma da sentença.

No Tribunal de origem, o recurso da defesa teve negado o provimento e o da acusação, provido para redimensionar a pena do recorrente ao patamar de **4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa**, cassando a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 287-297).

Sobreveio recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a e c**, da Constituição Federal, no qual se sustentou violação aos arts. 33, § 4º, e 42, ambos da Lei n. 11.343/2006; e 44, do Código Penal e relevante dissídio jurisprudencial, aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

argumentos de que:

a) art. 33, § 4º, e 42, ambos da Lei de Drogas:

(i) “[o] v. Acórdão entendeu que a redução da punição do recorrente em razão da aplicação a causa de diminuição de pena prevista no art. 33. § 4º da Lei de Pregas, não poderia se dar no máximo permitido em lei, ao contrário, deveria se dar no mínimo (1/6), em razão da quantidade de drogas” (fl. 347);

(ii) “[a] quantidade de drogas, diversamente do alegado não era significativa. O laudo de exame químico toxicológico definitivo (fls. 56/58) atesta a existência de 18,44g de 'crack' e 49,24g de maconha. Podemos afirmar que 500g (quinhentos) gramas ou quilos de drogas seja exagerado, mas menos de 70g de entorpecente não é quantidade significativa a exigir a exasperação da pena-base do recorrente ou mesmo para inviabilizar a redução de sua pena no máximo permitido em lei” (fl. 347).

b) dissídio jurisprudencial:

(i) "o acórdão paradigma do (TJMG) assim está redigido, entendendo que a pequena quantidade de drogas não é apta a inviabilizar a redução da pena do acusado no máximo permitido em lei, quando da aplicação do privilégio" (fl. 365).

(ii) “[f]ica claro pelo trecho transcrito que o acórdão recorrido foi extremamente sucinto quando da análise dos requisitos para definir o 'quantum' de redução da pena do recorrente, fazendo fundamentação superficial e alheia aos elementos previstos na legislação, apenas reconhecendo que a quantidade de droga era elevada, e apenas admitia a redução da pena do recorrente no mínimo permitido em lei” (fl. 374).

O Tribunal de origem admitiu parcialmente o apelo nobre, fls. 419-420, no que tange à interposição pelo art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal. Quanto à interposição pela alínea **c**, do mesmo normativo constitucional, o recurso não foi conhecido, porque “não foram preenchidas as condições exigidas pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e pela própria Constituição Federal” (fl. 420).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nas **razões do presente agravo regimental**, a defesa alega que não se trata de reexame de provas, mas mera reavaliação, **verbis**:

"2. Da possibilidade de aplicação da redução máxima com base no art. 33, § 4º da Lei de Drogas:

O agravante não desconhece, de fato, a jurisprudência desse C. STJ no sentido de que a natureza e a quantidade de droga podem impedir a redução máxima da pena prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas; e que eventual reanálise dessas circunstâncias esbarra na vedação da súmula 7/STJ.

Porém, no caso em concreto, a quantidade de droga apreendida (fato incontroverso) está longe de ser excessiva e não configura traficância de maior importância.

[...]

De fato, quanto à natureza, tratam-se de drogas diuturnamente encontradas nesse tipo de delito, além da quantidade ser típica de pequenos traficantes (22,7 gramas de crack e 51,1 gramas de maconha).

Ademais, é de ser salientado que o paciente não possuía antecedentes e não integrava qualquer organização criminosa. E, não pode ser inferida a dedicação ao tráfico tão somente pela quantidade de droga encontrada.

Do mesmo modo, uma vez reduzida a pena, mostra-se possível a substituição da pena corporal pelas restritivas de direitos, já que não houve a incidência de circunstâncias desfavoráveis na primeira fase de aplicação da pena." (fls. 482-483)

Pugna, ao final, pela apresentação do recurso ao colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.667.577 - SP (2017/0089974-4)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : JOSUE GOULART GIMENEZ
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA REDUTORA INSERTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 NO GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

I - 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 n. 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.

II - **In casu**, o Tribunal de origem, ao aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em 1/6 (um sexto) considerou as diretrizes estabelecidas no art. 42 da Lei de Drogas (foram apreendidas 22,74g de crack e 51,11g de maconha).

III - Ademais, a alteração do patamar redutor demanda perpassse vedado, contudo, sob ângulos distintos que se mesclam: por um prisma, ofensa ao princípio do livre convencimento motivado, dada a fixação em patamar inferior ao máximo com base em elementos fático-probatórios, atraindo, por outro vértice, igualmente, a **Súmula 7/STJ**, dada a vedação da sua análise pela via eleita.

Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: O presente agravo não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

merece prosperar, devendo ser mantida a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

O Tribunal **a quo**, por ocasião do recurso de apelação aviado pelo recorrente, assim consignou no v. acórdão reprochado para aplicar a minorante me 1/6 (um sexto) e negar a substituição da pena, **verbis**:

"No caso em específico a turma julgadora pede vênia para a observação de que a quantidade de 'crack' e maconha – 22,74 gms. de 'crack' e 51,11 gms. de maconha - não permite a redução máxima feita na sentença com base no art. 33, § 4º, Lei nº 11.343/06.

Provendo-se então o apelo ministerial, aplica-se a redução de somente 1/6 sobre as penas mínimas do tráfico, resultando 4 anos e 2 meses de reclusão e 416 dias-multa. A redução máxima, de 2/3, somente se justifica quando a quantidade de drogas é baixa, conforme, aliás, expresso no art. 42 da Lei nº 11.343/06.

Significa que, nessas condições, as penas de Josué ficam estabelecidas em 4 anos e 2 meses de reclusão e 416 dias multa.

Em consequência descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, vindo à tona o art. 44,1, do Código Penal.

Esta Câmara Criminal vinha entendendo que os crimes considerados hediondos ou a eles equiparados - e o é o tráfico de entorpecentes – não admitiam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Mas considerando a Resolução nº 5, do Senado Federal, publicada em 15.02.2012, suspendendo a eficácia da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', contida no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, passou a decidir que, em casos excepcionais, e presentes os requisitos previstos no art 44 do Código Penal, cabível é o benefício.

Na hipótese dos autos, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, seja considerando seu quantum, seja levando-se em conta a quantidade e variedade de drogas, assim como a nocividade do 'crack'.

A substituição deve ser reservada para os casos em que verificada a baixa periculosidade do agente, a pequena quantidade de tóxicos, etc. Não é o caso, afastada a substituição operada na sentença, acolhido também neste ponto o recurso ministerial.

Mantém-se o regime prisional inicial fechado, adequado à pena privativa de liberdade imposta neste julgamento, e também à gravidade do episódio delituoso, com apreensão de maconha e 'crack', esta última droga de efeitos devastadores" (fls. 296-297).

Pois bem.

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 n. 11.343/06, - caso em que estará evidenciada a dedicação à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

No ponto, é de se realçar que o Tribunal de origem, ao aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em 1/6 (um sexto, conforme fl. 296), considerou as diretrizes estabelecidas no art. 42 da Lei de Drogas.

Assim, a alteração do patamar redutor demanda perpassse vedado, contudo, sob ângulos distintos que se mesclam: por um prisma, ofensa ao princípio do livre convencimento motivado, dada a fixação em patamar inferior ao máximo com base em elementos fático-probatórios, atraindo, por outro vértice, igualmente, a **Súmula 7/STJ**, dada a vedação da sua análise pela via eleita.

Destarte, presentes as circunstâncias do art. 42 da Lei n. 11.343/06, natureza e a quantidade da droga (foram apreendidas 22,74g de crack e 51,11g de maconha, conforme fl. 296) não há ilegalidade a ser reparada com relação à aplicação da minorante em 1/6 (um sexto), conforme art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006.

Nessa linha:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

I - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal - alteração do quantum da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 - exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias na via eleita. (Súmula 07/STJ).

II - In casu, as circunstâncias do caso concreto indicam maior reprovabilidade da conduta perpetrada, conforme ponderado pela r. sentença condenatória e pelo v. acórdão combatido, o que justifica a não aplicação da causa de diminuição em seu grau máximo.

***Agravo regimental desprovido"* (AgRg no AREsp n. 967.531/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 11/4/2017 - grifei).**

"PENAL. PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO DE DROGAS. ALTERAÇÃO DO PATAMAR DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, LEI N. 11.343/06). IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O exame da pretensão recursal, de incidência da diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em seu grau máximo, implica a necessidade de revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

2. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 82.671/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 17/12/2014).

Esse entendimento, cumpre reforçar, aplica-se inclusive aos recursos especiais interpostos pela alínea c do permissivo constitucional, pois "*Nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça tem a missão constitucional de uniformizar e interpretar a lei federal, não lhe competindo, em sede de recurso especial, seja pelo permissivo da alínea 'a', seja pelo permissivo da alínea 'c', o revolvimento de todos os fatos da causa e do processo, à moda de recurso ordinário ou de apelação. Óbice do enunciado 7 da Súmula do STJ*" (AgRg no AREsp n. 1.009.948/MT, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 19/12/2016).

Por fim, resta prejudicado o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que a fixação da pena acima de quatro anos desautoriza a concessão da benesse, tal como ocorre neste caso.

Nesse toar:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

4. Fixada a pena privativa de liberdade acima de quatro anos, não há falar em sua substituição por restritiva de direitos, pois ausentes os pressupostos legais previstos no art. 44, I, do Código Penal.

5. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

422.763/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 12/2/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENAL. [...] ART. 33, § 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

4. Fixada a reprimenda acima de quatro anos, não está atendido o requisito objetivo do art. 44, inciso I, do Código Penal para a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

[...]

*6. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp n. 1.326.507/SP, **Quinta Turma**, Rel^a. Min^a. **Laurita Vaz**, DJe de 3/9/2014).*

Assim, deve ser mantida a decisão ora agravada.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0089974-4

AgRg no
REsp 1.667.577 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00291176620138260071 1840/2013 18402013 291176620138260071 RI002OW0V0000

EM MESA

JULGADO: 12/12/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: JOSUE GOULART GIMENEZ
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE	: JOSUE GOULART GIMENEZ
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
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	: JOSUE GOULART GIMENEZ
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO	: 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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.