



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.383.773 - DF (2013/0167071-9)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
AGRAVADO : VALDIR MOTA JUNIOR (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
ADVOGADO : ANA PAULA DORIA DE C ULHÔA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. 1. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR DE 2/3 (DOIS TERÇOS) DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 2. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REQUISITO SUBJETIVO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. É certo que a quantidade de drogas e a sua diversidade podem, em análise conjunta com os demais elementos constantes do processo criminal, afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como interferir na escolha do percentual de redução, na fixação do regime prisional e na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem considerou adequada a redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), entendendo que, apesar da variedade de entorpecentes apreendidos (50,36g de cocaína e 2,63g de maconha), a quantidade não se mostra expressiva, a ponto de justificar a aplicação da causa de diminuição de pena em fração diversa. Pelas mesmas circunstâncias, e considerando a primariedade do réu, entendeu ser possível a substituição da pena por restritiva de direitos, conforme art. 44 do Código Penal.

4. Nesse contexto, não cabe aqui, em recurso especial, rever esse juízo subjetivo de convencimento, se não há ofensa aos dispositivos de leis federais apontados pelo Ministério Público, atraindo, assim, a incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de maio de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.383.773 - DF (2013/0167071-9)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra decisão monocrática, da minha lavra, que negou seguimento ao recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. VALORAÇÃO FUNDAMENTADA EM FATOS CONCRETOS. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RECONHECIMENTO NA ORIGEM. INVERSÃO DO JULGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Sustenta o agravante que não incide, na espécie, o óbice previsto no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, tendo em conta que a controvérsia não demanda a incursão no conjunto fático-probatórios dos autos.

Quanto ao mais, repisa os argumentos expendidos nas razões do recurso especial, alegando ser inviável a redução da pena na fração máxima prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, diante da quantidade e natureza de droga apreendida em poder do recorrido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.383.773 - DF (2013/0167071-9)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE(RELATOR):

De início, é de se registrar o relativo grau de subjetividade que envolve a dosimetria da pena, sendo que a sua modificação, em recurso especial, não se deve dar de modo irrestrito, o que resultaria em indevida invasão na esfera de discricionariedade das instâncias ordinárias, notadamente aquelas que têm o maior contato com as provas e os agentes do crime.

Dessa forma, não é tarefa desta Corte – cujo papel é de uniformizar a interpretação do direito federal –, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de evidente violação à norma infraconstitucional.

É certo que a quantidade de drogas e a sua diversidade podem, em análise conjunta com os demais elementos constantes do processo criminal, afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como interferir na escolha do percentual de redução, na fixação do regime prisional e na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem considerou adequada a redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), entendendo que, apesar da variedade de entorpecentes apreendidos (50,36g de cocaína e 2,63g de maconha), a quantidade não se mostra expressiva, a ponto de justificar a aplicação da causa de diminuição de pena em fração diversa.

Pelas mesmas circunstâncias, e considerando a primariedade do réu, entendeu ser possível a substituição da pena por restritiva de direitos, conforme art. 44 do Código Penal.

Nesse contexto, não cabe aqui, em recurso especial, rever esse juízo subjetivo de convencimento, se não há ofensa aos dispositivos de leis federais apontados pelo Ministério Público, atraindo, assim, a incidência da Súmula n. 7 desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em reforço, cito o seguinte precedente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. (I) - ALTERAÇÃO DO PATAMAR. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (II) - BIS IN IDEM - INEXISTÊNCIA. AFRONTA AO ART. 33, § 2º, "B", DO CPP. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. (I) - ACÓRDÃO ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS ELES. SÚMULA 283/STF. (II) - IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não pode esta Corte Superior, que não constitui instância revisora, proceder à alteração da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, sem revolver o acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. (...) (AgRg no AREsp 407116 / PR)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
2013/0338925-4 Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 26/11/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 12/12/2013)

Verifica-se, portanto, que os argumentos expendidos pelo agravante não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão agravada, que ora submeto a este Colegiado:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério do Distrito Federal e Territórios, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça local. Consta dos autos que o recorrido foi condenado pela prática do crime descrito no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime fechado, e 200 (duzentos) dias-multa, sendo a sanção substituída por medidas restritas de direitos. Irresignado, a acusação apelou, tendo a Corte de origem, por maioria de votos, negado provimento ao recurso e concedido *habeas corpus*, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao réu. O acórdão apresenta a seguinte ementa:

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU PRESO EM FLAGRANTE COM PORÇÕES POUCO EXPRESSIVAS DE COCAÍNA E MACONHA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE CONVERTIDA EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESTRITIVA DE DIREITOS. PRETENSÃO DO ÓRGÃO ACUSADOR À SUPRESSÃO DO BENEFÍCIO SUBSTITUTIVO. IMPROCEDÊNCIA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO PARA ESTABELECE O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

1. Réu condenado por infringir o artigo 33 da Lei 11.343/2006, porque foi preso em flagrante quando trazia consigo porções de cocaína pesando pouco mais de cinquenta gramas e menos de três gramas de maconha para fins de difusão ilícita. A sentença exasperou modicamente a pena base, mas no final a reduziu pela fração máxima de dois terços, com base no artigo 33, § 4º, da lei de regência, e concedeu a substituição por duas restritivas de direito, ensejando a apelação acusatória pretendendo a cassação desse benefício.

2 O Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos, de sorte que a quantidade pouco expressiva das drogas apreendidas e a pena inferior a quatro anos autorizam o regime semiaberto, considerando a gravidade do crime, ainda considerado hediondo, e a nocividade social das drogas.

3 Sendo favoráveis a maioria das circunstâncias judiciais e sendo o réu beneficiado pela fração redutora máxima do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, é razoável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, conforme o precedente do Supremo Tribunal Federal no *leading case* HC 97.256, em homenagem à primariedade, bons antecedentes e o fato de o réu não integrar organização criminosa nem haver indicação de que vive exclusivamente do crime.

4 Apelação ministerial desprovida, com a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Daí o presente recurso especial, no qual o Ministério Público alega violação dos arts. 33, § 4º, e 42 da Lei nº 11.343/2006, bem como do art. 44, III, do Código Penal, sustentando que a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos - 50,36g de cocaína e 2,63g de maconha -, devem ser levados em consideração na terceira fase da dosimetria da pena, bem como no momento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contrarrazões às e-fls. 207/212.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do recurso.

Decido.

A Corte estadual, ao apreciar a apelação do Ministério Público, assim fundamentou, quanto à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos (fl. 187):

Quanto à dosimetria, a natureza do entorpecente apreendido em maior quantidade foi a cocaína, de inequívoca nocividade à saúde pública e este fato, mais a culpabilidade exacerbada do réu e as circunstâncias do crime justificam o acréscimo de um ano e seis meses na pena-base. Na segunda fase, a menoridade relativa impõe redução de seis meses e fase final, **a quantidade pouco expressiva da droga apreendida,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apesar da variedade dos entorpecentes apreendidos - cocaína e maconha - este último pesou apenas dois gramas, e como o réu preenche os requisitos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, faz jus à redução da pena pela fração máxima de dois terços, devendo ser mantida a pena definitiva de dois anos de reclusão e duzentos dias-multa à razão mínima.

A redação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não deixa dúvidas quanto à necessidade do preenchimento de quatro requisitos, cumulativos, para a aplicação da causa de diminuição, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização para tais fins.

A título de exemplo, destaco o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS NÃO APLICADA NA RAZÃO MÁXIMA. REDUÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS.

1. O art. 42, da Lei n.º 11.343/06, é expresso no sentido de que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto" (grifei). Esse critério, por certo, deve ser empregado tanto para a fixação da pena-base quanto para a aplicação, ou não, da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Drogas de modo adequado.

2. São fatores para que o traficante faça jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente e à luz, ainda, do art. 42, da mesma Lei. (...). (HC n. 225.801/SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe 19/11/2013)

Assim, compete ao magistrado, fundamentadamente, estabelecer o *quantum* da redução dentre os patamares previstos, devendo-se utilizar das circunstâncias do art. 59 do CP, com especial atenção ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006 ("o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente").

No caso, a Corte de origem, considerou que a quantidade de droga apreendida (50,36g de cocaína e 2,63g de maconha) não se mostrava expressiva e, atento ao disposto no art. 42 da Lei de Drogas, entendeu que a aplicação da causa de diminuição de pena na fração máxima (2/3) revela-se proporcional, inserindo-se dentro do critério de discricionariedade do órgão julgador.

Nesse contexto, se o Tribunal *a quo* entendeu que a quantidade de droga, isoladamente, não justifica a aplicação do redutor de pena na fração mínima, não cabe aqui, em sede de recurso especial, rever



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esse juízo subjetivo de convencimento, se não há ofensa aos dispositivos de leis federais apontados pelo Ministério Público, atraindo, assim, a incidência da Súmula 7 desta Corte.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENAL. PLEITO PELA DIMINUIÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal tem assentado o entendimento de que quando presentes os requisitos para a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, dispõe o magistrado de plena liberdade para fixar o quantum adequado, sopesando as peculiaridades do caso concreto, de modo que, conclusão diversa demandaria incursão no acervo fático e probatório dos autos, o que faz incidir o óbice da Súmula 7, do STJ. 2. (...) (AgRg no Resp 1328206/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 11/02/2014)

No que se refere ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, o acórdão recorrido asseverou que (e-fls. 187/188):

Acrescento que a política criminal de prender pequenos traficantes não se tem revelado eficaz, porque, é cada vez mais acentuada a quantidade de apreensões de quantidades mínimas de drogas, com o correspondente incremento da população carcerária, sem que isso se reflita na contenção desse tipo de crime como se vê pelas ocorrências registradas

Assim, a pena imposta e a quantidade de drogas apreendida autorizam a substituição da pena por restritivas de direitos, conforme artigo 44, inciso 1, do Código Penal, considerando a primariedade do réu.

Alterar o entendimento do Tribunal local, que concluiu que a pena restritiva de direitos seria suficiente para a prevenção e repressão da infração penal, demandaria também o reexame fático e probatório dos elementos dos autos, o que na via do recurso especial é inviável, conforme dispõe o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: "a pretensão e simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO OPERADA EM SEDE DE RECURSO DE APELAÇÃO. AFASTAMENTO. INSUFICIÊNCIA DA CONVERSÃO PARA A REPROVAÇÃO E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVENÇÃO DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, Relator Ministro Ayres Britto, a vedação à conversão da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, não havendo mais impedimento à referida substituição quando atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

2. Porém, fundado o acórdão da Corte de origem, no ponto em que concedeu a substituição, no exame das circunstâncias do caso concreto, é certo que a adoção de conclusão contrária, no sentido da insuficiência da conversão para fins de reprovação e prevenção do crime, exige o reexame de provas, inviável em sede de recurso especial. Incidência do verbete n. 7 da Súmula do STJ. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1357219/DF, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe 04/12/2013)

Diante do exposto, nego seguimento ao recurso especial.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0167071-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.383.773 / DF**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1213920128070001 20110110004679 20120110004679 20120110004679RES 242011
4678720128070001

EM MESA

JULGADO: 13/05/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
RECORRIDO : VALDIR MOTA JUNIOR (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
ADVOGADO : ANA PAULA DORIA DE C ULHÔA

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 DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
AGRAVADO : VALDIR MOTA JUNIOR (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
ADVOGADO : ANA PAULA DORIA DE C ULHÔA

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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.