



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.288.917 - SP (2018/0106302-1)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : CARLOS HENRIQUE DA SILVA FREITAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO IDÔNEO. REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. ATIVIDADES CRIMINOSAS. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE.

I - Conforme orientação do col. STF, a circunstância desfavorável da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos pode ser considerada ora na primeira fase, para exasperar a pena-base, ora na terceira fase da dosimetria, impedindo a aplicação ou modulando a fração de redução da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

II - No presente caso, não se considerou o privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ao fundamento de que o agravante se dedicava às atividades criminosas, lastreando-se na natureza e quantidade de droga apreendida, qual seja, **1,5 kg de cocaína crack**. Assim, a fundamentação exarada é adequada ao caso concreto e justificam o afastamento da figura do tráfico privilegiado. Precedentes.

III - Quanto ao estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena, a **quantidade e a natureza da droga** foram utilizadas, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado, sendo, portanto, consideradas como circunstâncias desfavoráveis, a ensejar a aplicação do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

Agravo regimental **desprovido**.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de junho de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.288.917 - SP (2018/0106302-1)

AGRAVANTE : CARLOS HENRIQUE DA SILVA FREITAS
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 **CARLOS HENRIQUE DA SILVA FREITAS** contra decisão por mim proferida e assim ementada (fl. 361):

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. POSSIBILIDADE. AGRADO CONHECIDO PARA CONHECER EM PARTE DO RECURSO ESPECIAL E, NA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO."

Nas razões recursais, o agravante alega que a quantidade de droga apreendida é insuficiente para justificar o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sob a alegação de dedicação à atividade criminosa.

Aduz, ainda, que *"uma vez reduzida a pena, mostra-se possível a aplicação do regime aberto e 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"* (fl. 376).

Ademais, acrescenta que mesmo que não fosse aplicado o redutor, como a pena restou fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, seria possível a aplicação do regime semiaberto, pois a quantidade de droga não justificaria o agravamento do regime inicial.

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

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.288.917 - SP (2018/0106302-1)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : CARLOS HENRIQUE DA SILVA FREITAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO IDÔNEO. REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. ATIVIDADES CRIMINOSAS. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE.

I - Conforme orientação do col. STF, a circunstância desfavorável da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos pode ser considerada ora na primeira fase, para exasperar a pena-base, ora na terceira fase da dosimetria, impedindo a aplicação ou modulando a fração de redução da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

II - No presente caso, não se considerou o privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ao fundamento de que o agravante se dedicava às atividades criminosas, lastreando-se na natureza e quantidade de droga apreendida, qual seja, **1,5 kg de cocaína crack**. Assim, a fundamentação exarada é adequada ao caso concreto e justificam o afastamento da figura do tráfico privilegiado. Precedentes.

III - Quanto ao estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena, a **quantidade e a natureza da droga** foram utilizadas, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado, sendo, portanto, consideradas como circunstâncias desfavoráveis, a ensejar a aplicação do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

Agravo regimental **desprovido**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A irresignação não prosperar.

Depreende-se dos autos que o juízo singular condenou o agravante como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime semiaberto, além de 200 (duzentos) dias-multa.

No recurso especial, alegou-se as seguintes violações: **a)** ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto o v. acórdão afastou a aplicação do redutor sem apresentar fundamentação idônea; **b)** ao art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal, pois o recorrente é primário, possui bons antecedentes e a pena aplicada é inferior a oito anos; e **c)** ao art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

O eg. Tribunal **a quo** negou provimento ao apelo da defesa, e deu provimento ao ministerial para majorar a pena para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado.

Na decisão agravada, de minha relatoria, conheci parcialmente do recurso especial e, na extensão, neguei provimento, porquanto adequado à hipótese o afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, devido a expressiva quantidade de droga, bem como correta a fixação do regime inicial fechado para o início de cumprimento da pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Por fim, quanto a violação ao art. 387, § 2º do CPP foi aplicada a Súmula 284/STF, pois o recorrente não apresentou qualquer fundamento para justificar quais ilegalidades, neste ponto, incorreu o v. acórdão recorrido.

Neste regimental, o agravante não aduz qualquer argumento apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada, a qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Isso porque, ao contrário do que alega o agravante, mostra-se idônea a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação apresentada pelo v. acórdão recorrido para afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, haja vista a quantidade de droga apreendida, bem como outros elementos do caso concreto aptos a concluir o seu envolvimento com a atividade criminosa.

Conforme já assentado na r. decisão ora recorrida, o art. 42, da Lei 11.343/2006, determina que, na fixação da 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 hipótese, tenho que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o agravante – **1,5 kg de cocaína crack** (fl. 248) – revela-se apta a evidenciar que ele dedicar-se-ia à atividade criminosa, não fazendo jus, portanto, à incidência da minorante, conforme previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Colaciono precedentes desta Corte que corroboram a tese ora aventada,
verbis:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REEXAME DE PROVAS. QUANTIDADE DA DROGA. REGIME FECHADO JUSTIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. In casu, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior firmada no sentido de que a significativa quantidade de droga, circunstância do delito que pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Fixada a pena em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, "o regime fechado (o mais gravoso, segundo o quantum da sanção aplicada) é o correto à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a quantidade da droga apreendida, elencadas legalmente como circunstância preponderante" (HC 361.407/SP, desta relatoria, QUINTA TURMA, DJe de 2.9.2016).

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1672617/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 20/10/2017)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. BIS IN IDEM. RECURSO NÃO PROVIDO.

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; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

2. Este Superior Tribunal possui o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.

3. O Supremo Tribunal Federal firmou a compreensão de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da reprimenda, ou na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa, sob pena de incorrer-se no inadmissível bis in idem.

4. Mostra-se perfeitamente possível ao julgador que, ao julgar recurso interposto pelo Ministério Público, possa, em estrita observância ao princípio da razoabilidade (que norteia a atividade discricionária do juiz na fixação da pena), reavaliar a pertinência de determinada circunstância que, a exemplo do que ocorre com a quantidade de drogas apreendidas, seja compatível tanto com a primeira fase quanto com as demais.

*5. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1390118/PR, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 30/05/2017).*

No que tange à alegada ofensa ao art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal, o agravante novamente pretende a fixação de **regime menos gravoso** para início de cumprimento de pena, ao argumento de ser primário, possuir bons antecedentes e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

Todavia, a definição do regime prisional para os condenados por tráfico de entorpecentes - crime equiparado a hediondo - deve seguir a sistemática estabelecida no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, § 2º e 3º do Código Penal. Ou seja, será definido de acordo com o **quantum** da pena aplicada e em atenção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma legal.

Na v. decisão ora recorrida fiz uma observação, lembrando que o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece 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, a personalidade e conduta social do agente"*.

Portanto, a circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena. Dessarte, será utilizada para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante ou ainda para modular o nível de redução da pena.

E, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, ainda que aplicada na terceira fase, poderá ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso, pois não haveria sentido admitir tal possibilidade somente quando valorada na fixação da pena-base. É que, a partir da autorização concedida pelo Pretório Excelso no julgado acima referido, não há razão para proceder a tal diferenciação.

Neste sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As circunstâncias em que perpetrado o delito de tráfico de drogas denotam a habitualidade da prática criminosa e, conseqüentemente, evidenciam o envolvimento do recorrente com atividades delituosas, notadamente com o narcotráfico, a impedir, por conseguinte, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o agravante não se dedicaria a atividades delituosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência incabível na via do recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

3. Conquanto o recorrente haja sido condenado a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão e não obstante fosse tecnicamente primário ao tempo do delito, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - quais sejam, a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas - evidenciam ser o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, consoante o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei de Drogas.

4. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp 1108108/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 4/12/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 385.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 5/4/2017, grifei).

In casu, fixada a **pena-base no mínimo legal**, a pena definitiva ficou em **5 anos de reclusão**. A quantidade de entorpecente foi utilizada na terceira fase para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado. Desse modo, sendo tal **circunstância desfavorável**, impede a fixação do regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06**, apesar de ser o recorrido primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0106302-1

AgRg no
AREsp 1.288.917 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00058565820158260635 0030000 1448/2015 14482015 20170000056139 20170000687852
30000 RI003HDDM0000

EM MESA

JULGADO: 21/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CARLOS HENRIQUE DA SILVA FREITAS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNA GONÇALVES LOUREIRO - DEFENSOR PÚBLICO
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 : CARLOS HENRIQUE DA SILVA FREITAS
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.