



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.420.989 - SP (2018/0336944-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : FRANCISCO ANDRE SOARES DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO - SP258374
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE E REGIME MAIS GRAVOSO. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. IMPOSSIBILIDADE. AGRADO IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, apreensões de não relevante quantidade de drogas não podem justificar tratamento gravoso anormal na incidência da minorante do tráfico eventual ou na fixação do regime prisional.
2. Fixada a pena definitiva inferior a 4 anos de reclusão, sem a valoração negativa de circunstâncias judiciais, e inexistente motivação válida na origem para o recrudesimento do regime, cabível o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.
3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 18 de junho de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.420.989 - SP (2018/0336944-8)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **FRANCISCO ANDRE SOARES DA SILVA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO - SP258374
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto em face da decisão que deu provimento ao agravo em recurso especial para restabelecer a sentença condenatória.

Afirma o Ministério Público que a apreensão de relevante quantidade de droga se mostra apta para afastar a minorante do tráfico pela dedicação à atividade criminosa e recrudescer o regime prisional.

Defende, assim, a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação do recurso pela Sexta Turma.

Impugnação apresentada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.420.989 - SP (2018/0336944-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

A decisão recorrida foi proferida nos seguintes termos (fls. 324-327):

Trata-se de agravo interposto em face de decisão que inadmitiu o recurso especial, com fundamento na Súmula 7/STJ

Nas razões do especial, aponta a defesa violação dos arts. 33, §4º, e 42, ambos da Lei 11.343/06.

Sustenta que o recorrente faz jus à minorante do tráfico, uma vez que preenche os requisitos legais.

Requer, assim, o provimento do recurso especial, a fim de que seja reconhecido o tráfico privilegiado e redimensionada a reprimenda, com alteração do regime prisional para o regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Apresentada a contraminuta, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do agravo.

É o relatório.

Decido.

O recurso é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão agravada. Passo, portanto, à análise do mérito.

O agravante foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 166 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Interpostos recursos de apelação, o Tribunal *a quo* deu provimento ao pleito ministerial, afastando a incidência da minorante do tráfico prevista pelo art. 33, §4º da Lei 11.343/06 para redimensionar a pena do agravante para 5 anos reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa.

Acerca da minorante do tráfico, o Tribunal *a quo* assim referiu (fls. 224/225):

Na derradeira etapa do cálculo, anoto que **a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não pode ser aplicada, como bem observado pelo i. Parquet, porquanto a quantidade e diversidade de drogas apreendidas e as circunstâncias do caso em comento constituem indícios sérios de envolvimento do réu com a criminalidade. Aliás, o próprio réu, quando do interrogatório judicial, disse que atuava no tráfico havia um mês e recebia aproximadamente R\$100,00 (cem reais) por turno (CD).** Induvidoso, portanto, que se dedicava havia algum tempo à nefasta mercancia ilícita de drogas. Como se sabe, o benefício em questão tem por objetivo favorecer somente o traficante eventual, de "primeira viagem", e não aquele que está inserido em atividade criminosa, efetivamente comprometido com o tráfico, como, certamente, é o caso do réu, que, ademais, não comprovou qualquer atividade lícita para o seu sustento, fato que, aliado às demais circunstâncias acima mencionadas, bem demonstra o seu envolvimento com organização criminosa, não deixando dúvida de que fazia do comércio de droga o seu meio de vida.

Em conclusão, em atenção à pretensão ministerial, fica afastada a causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, de sorte que a pena definitiva do réu Francisco fica redimensionada para 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso mínimo.

De acordo com o entendimento firmado por esta Corte, apreensões de não relevante quantidade de drogas, embora não constituam fundamento suficiente para excluir a tipicidade do crime de tráfico de drogas, tampouco podem justificar tratamento gravoso anormal, seja na valoração da pena-base, na incidência da minorante do tráfico eventual, na fixação do regime prisional ou no indeferimento da substituição das penas. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÃO PENAL EM CURSO. CONSIDERAÇÃO PARA FINS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. PENA-BASE E REGIME PRISIONAL RECRUDESCIDO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CRACK. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE CONCRETA QUE JUSTIFIQUE TRATAMENTO MAIS SEVERO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

[...]

2. A pequena quantidade de droga apreendida não justifica a exasperação da pena-base ou a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto tal fato não acrescenta gravidade concreta à conduta delitiva, em especial, em se tratando de réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 8 anos 5 anos e cujas demais circunstâncias judiciais tenham sido neutralizadas.

3. Agravo regimental provido para conceder habeas corpus de ofício, a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal, bem como abrandar o regime prisional para o semiaberto (AgRg no AREsp 999.769/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017.)

Considerando a não relevante a quantidade de droga, verifica-se do acórdão recorrido a ausência de fundamento concreto para a negativa do benefício, motivo pelo qual cabível a concessão da minorante do tráfico de droga no patamar máximo, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, motivo pelo qual restabeleço a pena fixada na sentença condenatória, qual seja, 1 ano e 8 meses de reclusão, mais o pagamento de 166 dias-multa.

No tocante ao regime prisional, ressalte-se que, no julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI), em que o Plenário do STF afastou a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, consignou-se que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

Nos termos do § 3º do art. 33 do CP, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF:

Súmula 440/STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Súmula 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Nesse contexto, não se justifica a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena ao réu primário, condenado à pena reclusiva inferior a 4 anos, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, com base apenas a natureza da droga, dissociada de uma quantidade minimamente significativa, fazendo jus o recorrente ao regime aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO FIXADO COM BASE NA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO.

1. O regime mais gravoso que o patamar de pena aplicada pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, conforme o teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

2. Hipótese em que o regime semiaberto foi estabelecido pelo acórdão recorrido com base na natureza e quantidade de droga apreendida. Verificando-se inexpressiva a quantidade de entorpecentes apreendida, deve ser afastado tal fundamento.

3. In casu, constatada a primariedade, ausência de circunstâncias desfavoráveis e o quantum da pena privativa de liberdade inferior a 4 anos faz jus o paciente ao regime aberto.

4. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no HC 371.412/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017.)

Considerando a ausência de fundamento idôneo na origem, cabível, igualmente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das execuções, nos termos do art. 44 do CP, ante o *quantum* de pena aplicada e a primariedade da recorrente, evidenciando a suficiência da substituição.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo em recurso especial para, reconhecida a minorante do tráfico, restabelecer a pena fixada na sentença condenatória, qual seja, de 1 ano e 8 meses de reclusão, mais o pagamento de 166 dias-multa, no regime aberto, determinando a substituição da pena a serem fixadas pelo Juízo das execuções.

Publique-se.

Intimem-se.

Não sendo significativa a quantidade de droga apreendida, não se evidencia dedicação à atividade criminosa, razão pela qual deve ser mantida a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto nas Súmulas 440 do STJ, 718 e 719 do STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considerando a redução da pena para patamar inferior a 4 anos de reclusão e a ausente fundamento concreto no acórdão recorrido para a fixação de regime mais gravoso, cabível o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do CP.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0336944-8

AgRg no
AREsp 1.420.989 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00162819020168260577 162819020168260577 20170000737716 3868/2016 38682016
698/2016 6982016 RI0041SSO0000

PAUTA: 18/06/2019

JULGADO: 18/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DOMINGOS SAVIO DRESCH DA SILVEIRA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FRANCISCO ANDRE SOARES DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO - SP258374
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 : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : FRANCISCO ANDRE SOARES DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO - SP258374
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.