



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.644.417 - SP (2016/0331838-2)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : GILMAR CORREIA DIAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DA DROGA VALORADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA PARA AFASTAR A MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - 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.

II - **Na espécie**, a quantidade e natureza das drogas foram valoradas para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo desfavorável, portanto, a referida circunstância (art. 42 da Lei nº 11.343/2006), revela-se correta a fixação de regime inicial mais gravoso para início de cumprimento da reprimenda (**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 Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de março de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.644.417 - SP (2016/0331838-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: GILMAR CORREA DIAS interpõe agravo regimental contra decisão da minha relatoria, na qual neguei provimento ao seu recurso especial (fls. 575-580).

Sustenta que, *"no caso em concreto, a quantidade e natureza da droga apreendida, 14,6 gramas de maconha e 63,6 de cocaína, não são suficientes para impedir a redução máxima da pena"* (fl. 596).

Pleiteia, subsidiariamente, que, *"mesmo que não aplicado o redutor, a pena final fixada no acórdão, 5 anos e 1 mês de reclusão, exige a fixação do regime semiaberto, em razão da primariedade do agente. A mera existência de maus antecedentes não tem o condão de impedir a fixação do regime legal previsto no art. 33, CP"* (fl. 597).

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

Por manter o **decisum**, apresento o feito à Turma para julgamento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.644.417 - SP (2016/0331838-2)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DA DROGA VALORADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA PARA AFASTAR A MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - 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.

II - **Na espécie**, a quantidade e natureza das drogas foram valoradas para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo desfavorável, portanto, a referida circunstância (art. 42 da Lei nº 11.343/2006), revela-se correta a fixação de regime inicial mais gravoso para início de cumprimento da reprimenda (**precedentes**).

Agravo regimental **desprovido**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Em que pesem os argumentos do agravante, o recurso não merece prosperar, devendo ser mantido o **decisum** ora agravado.

Transcrevo, por oportuno, excerto do que ficou consignado.

"[...]"

*Da análise dos fundamentos que dão suporte ao v. acórdão objurgado, observa-se que o eg. Tribunal **a quo** valorou a quantidade da droga apreendida como fator apto a justificar a não incidência da fração redutora de pena, conforme o disposto*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006. Trago excerto da r. decisão ora combatida, **verbis**:

"Todavia, a redução realizada, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não deve incidir.

A quantidade de drogas apreendidas indica maior afetação ao bem juridicamente tutelado, razão pela qual, em respeito ao artigo 42, da novel legislação de tóxicos, que deve ser interpretado em conjunto, a referida causa especial de diminuição de pena fica afastada.

Desta forma, as sanções tornam-se definitivas como fixadas na primeira fase da dosimetria" (fls. 456).

*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 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 diversidade e a quantidade de droga apreendida com o recorrente - **63,6g de cocaína, acondicionada em 66 porções e 14,6g de maconha, acondicionada em 7 porções** - 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 HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ART. 42 DA LEI 11.343/06 EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, na fixação das penas deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante disposto no art. 42, da Lei n. 11.343/06.

[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. **Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista que as circunstâncias do caso - principalmente a quantidade de droga apreendida - demonstram não se tratar de traficante eventual" [...]" (AgRg no HC n. 268565/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 23/10/2014, grifei).**

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. NÃO APLICAÇÃO. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME.

[...]

2. **Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justifiquem a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado" (HC 300550/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 6/10/2014, grifei).**

Passo ao exame da fixação do regime.

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

Contudo, é necessário fazer uma observação. 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO (METADE). QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 3. ORDEM DENEGADA.

1. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade de droga apreendida autoriza a aplicação do benefício inserido no art. 33, § 4º, do citado diploma legal, em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços).

2. No caso, o regime mais gravoso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 4 (quatro) anos (diga-se, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão), levando em conta a quantidade e diversidade de droga apreendida em poder do paciente (27 tubetes de cocaína e 4 trouxinhas de maconha), circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

3. Habeas corpus denegado" (HC n. 223.455/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 6/3/2012).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 8 ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.

[...]

2. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado, bem como a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 8 (oito) anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 276.781/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 25/9/2014).

In casu, o eg. Tribunal de origem, na primeira fase, fixou a **pena-base acima do mínimo legal**, porque presente circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes). A pena definitiva ficou em **5 anos e 1 mês**. Ademais, a quantidade de entorpecente foi utilizada na terceira fase para afastar para aplicação da causa de diminuição. Desse modo, considerada a pena final aplicada e a valoração negativa da quantidade de droga apreendida na terceira fase, o regime inicial adequado é **fechado**."

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0331838-2

AgRg no
REsp 1.644.417 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0020510 00821281020128260050 20510 821281020128260050 RI002D05Z1XG0

PAUTA: 16/03/2017

JULGADO: 16/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GILMAR CORREIA DIAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : DAILTON DACKSON CAVALCANTI FERREIRA

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 : GILMAR CORREIA DIAS
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.