

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 317.138 - SP (2013/0092925-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : ROSÉLIA MORAIS NOGUEIRA (PRESA)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
JOÃO FREITAS DE CASTRO CHAVES
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **ROSÉLIA MORAIS NOGUEIRA** contra decisão que inadmitiu recurso especial de acórdão do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, que negou provimento ao apelo da defesa e manteve a pena da ré em 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 77 dias-multa, como incursa no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76 c.c. art. 40, I, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, negativa de vigência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e do art. 59 do Código Penal.

Afirma que não houve a indicação de fundamentos válidos para majoração da pena-base.

Assevera que "O v. acórdão determinou a aplicação integral da lei 6.368/76 no caso dos autos, contudo comparada a incidência, também integral, da lei 11.343/06 esta é mais benéfica, devendo ser aplicado o dispositivo mais benéfico da lei 11.343/06 (artigo 33, § 4º), já que o MM Magistrado *a quo* aplicou o dispositivo previsto no art. 40, I, da nova lei, conforme consta a fls. 324." (e-STJ, fls. 507/508).

Aduz a possibilidade de aplicação dos dispositivos mais favoráveis da lei revogada e da norma atual, caso seja a opção mais vantajosa a ré.

Sustenta que "Levando-se em conta que a pena base disposta no artigo 12 da lei revogada é menos gravosa à ré do que a exposta na lei 11.343/06, em razão do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, é imperioso concluir pela necessária aplicação desse dispositivo combinado com os artigos já transcritos da lei 11.343/06, já que mais favorável à aplicação isolada da lei 11.343/06" (e-STJ, fl. 510)

Assevera que a acusada faz jus à minorante do § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, no patamar máximo, tendo em vista que não há provas de que participasse de organização criminosa ou se dedicasse à prática de atividades ilícitas.

Alega negativa de vigência do art. 65, III, alínea "d", do Código Penal, sob o argumento de que "deve-se ponderar no presente caso que, além da colaboração prestada pelo recorrente na administração da justiça, este confessa prontamente a autoria do delito, descrevendo detalhes da conduta praticada." (e-STJ, fl. 523)

Argumenta que se encontram presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, razão pela qual deve ser substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por fim, aduz que a ré preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime inicial semiaberto.

Requer, assim, a redução da pena-base e da pena de multa, ao patamar mínimo legal, "reconhecendo a retroatividade da lei mais benéfica para que se aplique a redução prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, em seu patamar máximo, bem como seja aplicada a atenuante genérica de confissão, para que lhe seja garantido o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e para garantir à

recorrente o cumprimento da pena no regime semiaberto." (e-STJ, fl. 532)

Contrarrazões apresentadas às e-STJ, fls. 592-601.

Inadmitido o recurso na origem, os autos ascenderam a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e não provimento do agravo (e-STJ, fl. 644-648).

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

Quanto à suposta negativa de vigência do art. 59 do Código Penal, não assiste razão à defesa.

O Tribunal de origem manteve a pena-base acima do mínimo legal em decisão assim fundamentada:

"O recurso não merece prosperar.

Mantenho a pena-base como fixada em primeiro grau, 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, em 4 (quatro) anos de reclusão e 66 (sessenta e seis) dias-multa, considerando a **natureza** do entorpecente (**cocaína**) e a sua **quantidade** (total de **1,41 kg**)."
(e-STJ, fl. 484; grifo nosso)

Preliminarmente, convém anotar que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, **o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria**.

Adotado o sistema trifásico pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Tratando-se de condenado por delitos previstos na Lei de Drogas, o art. 42 da referida norma estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

No caso, observa-se que o Tribunal de origem, atento ao disposto no art. 42 da Lei de Drogas, sopesou a natureza e a expressiva quantidade de droga apreendida (**1.41 kg de cocaína**) para aumentar a pena-base em 1/3.

Tendo sido indicados elementos válidos para a majoração da reprimenda básica, uma vez que significativo o *quantum* de entorpecente e altamente nocivo uma das substâncias apreendidas, não se identifica a alegada contrariedade ao art. 59 do CP, sobretudo quando tais circunstâncias foram elencadas legalmente como preponderantes, e as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas na Lei n. 6.368/76 são de 3 a 15 anos de reclusão.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA; FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO

EM 1/6. VÍNCULO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. LEGALIDADE. CONDIÇÃO DE MULA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. *NE REFORMATIO IN PEJUS*. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO E NEGAR-LHE PROVIMENTO.

1. A quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos aptos a ensejar a exasperação da pena-base, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta.

[...]

5. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 674.735/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

Quanto ao pedido de aplicação integral da Lei n. 11.343/2006 – em vez da antiga Lei n. 6.368/1976 – para que, tendo em vista a vedação de combinação de leis (Súmula 501 do STJ), possa-se aplicar o § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas, cumpre mencionar o seguinte excerto do acórdão recorrido:

"[...]

Dosimetria. Na sentença, o Juízo *a quo*, com fundamento no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e no art. 59 do Código Penal, fixou a pena-base 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, em 4 (quatro) anos de reclusão e 66 (sessenta e seis) dias-multa, **em razão da natureza e quantidade da droga (total de 1,41 kg de cocaína).**

[...]

Não se aplicou a causa de diminuição do § 4.º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, não apenas em razão de explicitar a inviabilidade de combinação dos dispositivos mais benéficos aos réus, como pretende a defesa, como também por entender que a ré não preenche os requisitos necessários a ensejar a aplicação de tal benefício."

[...]

Dado que a ré já teve envolvimento com atividade criminosa, pois se utilizou dos serviços do correio por duas vezes para a prática de tráfico internacional (fls. 30/32 e 70/72), descabe aplicar o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06." (e-STJ, fls. 483-484)

Como se vê, o Tribunal de origem enfrentou a questão em conformidade com o entendimento consolidado pela Súmula 501 do STJ, *in verbis*: "É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis".

Ademais, a partir das afirmações manifestadas pelas instâncias ordinárias, mostra-se inviável a pretendida aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Na hipótese dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação da acusada ao tráfico ilícito de entorpecentes, levando-se em conta, além da quantidade das drogas apreendidas (**1,41 kg de cocaína**), o fato de que ela já havia utilizado dos serviços do correio por duas vezes para a prática de tráfico internacional, o que reforça o seu envolvimento habitual comércio ilícito de entorpecentes.

Nessa conjuntura, há julgados desta Corte Superior no sentido de ratificar

negativa de aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de drogas quando, diante da análise do contexto fático-probatório dos autos, as instâncias ordinárias, atendo-se à grande quantidade de entorpecentes apreendidos, **afirmam a dedicação da ré em atividade criminosa**. Assim, nova análise da matéria por este Superior Tribunal de Justiça encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

Nessa linha, posicionaram-se, *mutatis mutandis*, ambas as Turmas que integram a Terceira Seção desta Casa:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS (24,400 KG DE COCAÍNA). DEDICAÇÃO DA PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL E DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. MATÉRIAS NÃO DEBATIDAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa, evidenciada, sobretudo, pela quantidade e natureza das drogas apreendidas - 28 tabletes de cocaína, totalizando 24,400 quilos -, está em consonância com o entendimento desta Corte. Ademais, para se acolher a tese de que a paciente não se dedica à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*.

3. O Tribunal de origem não se manifestou sobre o regime prisional e sobre a ausência dos requisitos da prisão cautelar, pois tais matérias não foram impugnadas pela defesa, que não se opôs adequadamente quanto aos temas nas razões da apelação; tendo, inclusive, a Corte estadual destacado que somente o corréu Luiz Carlos das Neves se insurgiu quanto ao pedido de regime mais brando.

Assim, considerando a ausência de debate sobre a tese na instância ordinária, não se admite sua análise perante esta Corte Superior, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

4. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

Habeas corpus não conhecido."

(HC 421.946/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 1º/2/2018, grifou-se).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*.

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE.

1 - De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2 - A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que a quantidade de droga apreendida configura motivação suficiente para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que evidencia a dedicação à atividade criminosa (HC 356.145/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 1º/12/2016).

3 - **Na hipótese, a Corte local deixou de aplicar a referida causa especial de diminuição da pena respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com observância, ainda, aos pormenores da situação concreta, destacando a elevada quantidade de droga apreendida - 1,990 kg (um quilo e novecentos e noventa gramas) de cocaína, contexto a demonstrar que o réu, embora primário, estaria envolto nas atividades de uma organização criminosa.**

4 - **Não pode esta Corte Superior desconstituir os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem sem ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o *habeas corpus*.**

5 - Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 409.144/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/12/2017, DJe 14/12/2017, grifou-se).

Por outro lado, quanto ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, o recurso merece prosperar.

O juiz sentenciante, no ponto, assim decidiu:

"Não há circunstâncias agravantes a serem ponderadas na segunda fase da dosimetria da pena. Não deve ser considerada *in casu* a circunstância atenuante da confissão da prática delitiva perante a autoridade judiciária (art. 65, lII, "d" do Código Penal), já que a ré não admitiu a prática da conduta delituosa, asseverando que desconhecia o conteúdo das correspondências e, portanto, que agiu sem o dolo exigido pelo tipo penal (erro de tipo)." (e-STJ, fl. 401)

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de origem manteve afastada a incidência da referida atenuante, nos seguintes termos:

"Não há como reconhecer a atenuante genérica do art. 65, III, d, do Código Penal, haja vista que a ré alegou erro de tipo, não admitindo a prática da conduta delituosa, asseverando que desconhecia o conteúdo das caixas enviadas ao exterior." (e-STJ, fl. 484)

Todavia, o STJ assentou o entendimento de que a confissão qualificada - aquela na qual o agente agrega teses defensivas discriminantes ou exculpantes -, quando efetivamente utilizada como elemento de convicção, enseja a aplicação da atenuante prevista na alínea d do inciso III do artigo 65 do CP.

Veja-se:

"[...]

RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO DE ESTUPRO. NOVA DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE. CONFISSÃO QUALIFICADA. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite que mesmo quando o autor confessa a autoria do delito, embora alegando causa excludente de ilicitude ou culpabilidade - a chamada confissão qualificada -, deve incidir a atenuante descrita no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

2. Assim, tendo o acusado confessado o crime, mostra-se irrelevante ter agregado ao fato criminoso a tese do erro de tipo, sendo, portanto, devido o reconhecimento da referida atenuante.

[...]

3. Agravo regimental provido em parte para, em razão do reconhecimento do crime único e da incidência da atenuante da confissão espontânea, redimensionar a pena privativa de liberdade e adequar o regime prisional." (AgRg no REsp 1.408.248/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 19/02/2018)

Passo, assim, ao redimensionamento da pena da recorrente.

Na primeira fase, considerando a quantidade e a natureza do entorpecente (**1,41 kg de cocaína**), as instâncias ordinárias aumentaram a pena-base em 1/3, restando fixada em 4 anos de de reclusão e 66 dias-multa.

Na segunda fase, conforme as razões acima expostas, diminuo-a em 1/6, de acordo com o índice comumente utilizado para esta Corte, decorrente da incidência da atenuante da confissão espontânea (REsp 1.245.067/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016). Assim, a pena fica estabelecida em 3 anos e 4 meses de reclusão e 55 dias-multa.

Mantém-se, na terceira etapa, a causa de aumento da transnacionalidade do delito na fração de 1/6, sob pena de *reformatio in pejus*, restando a pena fixada definitivamente em **3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 64 dias-multa**.

No tocante ao regime prisional, o acórdão recorrido, também, merece alteração.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual

serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, e a recorrente seja primária, o modo semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena reclusiva, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida - **1,41 kg de cocaína** -, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP, c.c o art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PENAL MAIS GRAVOSO (SEMIABERTO) E PARA O INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas 2. Em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva menor que 4 anos (2 anos e 6 meses de reclusão), sendo primária a recorrente e sem antecedentes, a quantidade, a natureza e a diversidade de entorpecentes apreendidos (407,86g de maconha e 0,74g de cocaína) justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o semiaberto, bem como vedam a substituição da pena por restritivas de direitos, de acordo com o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1.416.462/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 05/10/2016.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPOSIÇÃO DE REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA VALORADAS NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

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 - Na espécie, o v. acórdão reprochado, ao confirmar a r. sentença de primeiro grau, valorou, na primeira fase da dosimetria, favoravelmente todas as circunstâncias judiciais, tanto que as

penas-base foram fixadas no mínimo legal. Consignou-se que os ora agravados são primários, não apresentam maus antecedentes e as penas definitivas foram estabelecidas em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Não obstante, a quantidade de entorpecente foi utilizada na terceira fase como modulador para aplicação da causa de diminuição. Desse modo, considerada a pena final aplicada e a valoração negativa na terceira fase da quantidade de droga apreendida, o regime inicial adequado é semiaberto.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1.621.637/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 11/11/2016).

No que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", o que levou, inclusive, a supressão desses trechos do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Portanto, desde que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas.

Na hipótese, utilizada a quantidade e a natureza da droga para aumentar a pena-base, no patamar de 1/3, não se recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP - circunstâncias do crime desfavoráveis).

Sobre o tema, o seguinte julgado:

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA DA DROGA. REGIME INICIAL. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

2. O Tribunal de origem considerou devida a incidência da fração de 1/2, em razão da natureza e da quantidade de drogas apreendidas, de modo que, havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento na fração de metade, deve ser mantido inalterado o quantum de redução, máxime porque referidos elementos não foram sopesados para fins de exasperação da pena-base.

3. Em razão da natureza da droga apreendida - dotada de alto poder viciante -, o regime inicial semiaberto é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Conquanto o recorrente haja sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, as peculiaridades do caso concreto (em especial, a natureza da droga apreendida) evidenciam, à luz do inciso III do art. 44 do Código Penal, que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostra uma medida socialmente

recomendável.

5. Recurso especial parcialmente provido, apenas para fixar ao recorrente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena."

(REsp 1.558.390/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016).

Ante o exposto, com base no art. 932, VIII, do Código de Processo Civil, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", do RISTJ, **conheço** do agravo para dar **parcial provimento** ao recurso a fim de reduzir a pena da recorrente para **3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 64 dias-multa**, bem como para estabelecer o regime inicial **semiaberto** para o cumprimento da pena reclusiva.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator

