

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.391.122 - SP  
(2018/0288440-0)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE : EDSON FELIPE MOLLIKA DE AQUINO**  
**AGRAVANTE : YURI MATHEUS GIROTTO LEITE MOREIRA**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ANA CAROLINA SOUZA REIS BRAGA - DEFENSORA**  
**PÚBLICA - SP0258610**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

**EDSON FELIPE MOLLIKA DE AQUINO e YURI MATHEUS GIROTTO LEITE MOREIRA** agrava de decisão que inadmitiu seu recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0000200-06.2017.8.26.0618).

Depreende-se dos autos que os agravantes foram condenados à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito de tráfico de drogas.

Nas razões do recurso especial, os ora agravantes apontam, além de divergência jurisprudencial, negativa de vigência ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que preenchem todos os requisitos legais para a incidência da causa de diminuição de pena.

Aduzem, ainda, negativa de vigência aos arts. 33 e 44, ambos do Código Penal, porquanto teriam direito à regime inicial mais brando e fariam jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requerem o provimento do recurso, para que seja: **a) reconhecida a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; b) fixado regime menos gravoso; e c) substituída a pena.**

O recurso especial foi inadmitido durante o juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal local, o que ensejou a interposição deste agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento do agravo e pelo não conhecimento do recurso especial.

**Decido.**

**O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada**, motivos pelos quais passo à análise do recurso especial.

**I. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**

Quanto ao almejado reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o Juiz de primeiro grau entendeu pela não incidência do redutor, conforme trechos abaixo (fl. 277, grifei):

Ausentes agravantes e atenuantes. Em razão do que preceitua o § 4.º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, é inaplicável esta causa de diminuição da pena, pois, **diante da expressiva quantidade de droga apreendida, verifico que os réus se dedicam às atividades criminosas.**

O Tribunal de origem manteve a não aplicação da minorante em questão, pelos seguintes fundamentos (fl. 404, grifei):

As penas de Yuri foram bem dosadas. Em razão da natureza das drogas envolvidas [crack e cocaína], a pena-base foi acrescida de um sexto. E, **pela expressiva quantidade (348,50 gramas de cocaína e 79,19 gramas de crack), foi negado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, porquanto indica a existência de estrutura organizada, não sendo razoável imaginar que o acusado agisse isoladamente.** Percebe-se claramente que não houve bis in idem, pois a natureza do entorpecente agravou a pena-base, ao passo que a quantidade impediu a redução.

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo,

as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Vale dizer, para a aplicação da minorante em comento, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e nem se dedique a atividades delituosas.

Sobre a matéria posta em discussão, cumpre destacar que 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.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "*A mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06." (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T, DJe 14/4/2014).

No caso, não obstante os acusados fossem tecnicamente primários ao tempo do delito e possuidores de bons antecedentes, o Tribunal de origem entendeu pela não incidência da causa de diminuição de pena, "**pela expressiva quantidade (348,50 gramas de cocaína e 79,19 gramas de crack), [...], porquanto indica a existência de estrutura organizada, não sendo razoável imaginar que o acusado agisse isoladamente**" (fl. 404, grifei).

Dessa forma, não identifico nenhuma violação do disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que **foram apontados elementos concretos que indicam a dedicação dos recorrentes a atividades criminosas, especialmente ao tráfico de drogas.**

Ademais, imperioso salientar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que os acusados se dedicariam a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada em recurso especial, consoante o disposto na **Súmula n. 7 do STJ**.

Nesse sentido:

[...]

1. **Desfazer o entendimento a que chegou as instâncias ordinárias para verificar se o réu se dedicava a atividades criminosas implicaria no reexame de matéria fático-probatória dos autos.** Incidência da Súmula 7 do STJ.

[...]

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 569.600/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 17/3/2015, grifei.)

[...]

2. **A Corte de origem afastou a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que o agravante se dedicava a atividades criminosas e, portanto, não atendia a um dos requisitos previstos no dispositivo. Para se entender de forma diversa, haveria necessidade de reexame do conjunto fático-probatório, providência vedada em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.**

[...]

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.263.860/PA, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 5/12/2014, destaquei.)

Portanto, fica afastada a alegada violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

## **II. Regime inicial de cumprimento de pena**

No que tange à pretendida imposição de regime mais brando de cumprimento de pena, verifico que o Tribunal de origem manteve a fixação do modo inicialmente fechado, consoante a seguir descrito (fls. 406-407):

O regime prisional inicial fechado foi corretamente fixado, em face da natureza do crime, que revela a periculosidade concreta do agente, que com sua conduta gera instabilidade em inúmeros lares, exigindo, em consequência, resposta penal mais enérgica com a qual

não é compatível solução mais branda. Nesse tópico, é sempre pertinente lembrar que os mercadores de entorpecentes criam um poder paralelo que desafia e se opõe às autoridades constituídas, destrói pessoas e famílias, subjuga comunidades inteiras, e aniquila o futuro de crianças e jovens, decorrendo de suas condutas gravíssimas consequências para a sociedade.

Imperioso salientar que, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração **o quantum da pena imposta, a natureza e/ou a quantidade de drogas apreendidas, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto**, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

No caso, constato que as instâncias ordinárias entenderam devida a imposição do regime inicial fechado com base tão somente na gravidade abstrata do crime, sem, no entanto, terem apontado elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso.

Todavia, embora os recorrentes hajam sido definitivamente condenados a reprimenda superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, entendo que existência de **circunstâncias judiciais desfavoráveis** (tanto que as penas-base foram fixadas acima do mínimo legal), **a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (348,50 g de cocaína e 79,19 g de crack)**, somadas à **existência de elementos concretos que evidenciam a dedicação dos acusados ao narcotráfico** (tanto que não foram beneficiados com a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas), justificam a fixação do regime inicial fechado, **nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância ao disposto no art. 42 da Lei n.**

11.343/2006.

### **III. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**

No que se refere à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, entendo inviável a concessão do benefício, haja vista que os réus foram definitivamente condenados à reprimenda de 5 anos e 10 meses de reclusão, **superior, portanto, ao limite objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.**

### **IV. Execução provisória da pena**

Ante o esgotamento das instâncias ordinárias – como no caso –, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação**, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

### **V. Dispositivo**

À vista do exposto, **conheço do agravo para**, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", parte final, do RISTJ, **negar provimento ao recurso especial.**

Em tempo, determino o envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para a imediata execução da pena, caso os agentes não a estejam cumprindo atualmente.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ  
Relator