

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.413.453 - SP
(2018/0327362-8)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : JOAO VITOR ARAUJO OLIVEIRA DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUANA PEREIRA DO AMARAL - SP258990
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

JOÃO VITOR ARAÚJO OLIVEIRA DA SILVA agrava de decisão que inadmitiu o recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal e interposto contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação n. 0000269-41.2017.8.26.0617).

Consta dos autos que o agravante foi condenado, em primeiro grau, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática do delito de tráfico de drogas.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público a fim de afastar a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e tornar a reprimenda do réu definitiva em 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais multa.

O recorrente aponta violação dos arts. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e 33, § 2º, "c", do Código Penal. Busca a defesa a incidência da minorante prevista na Lei de Drogas, a fixação do regime aberto para cumprimento da pena e a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O apelo especial foi inadmitido no juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal *a quo*, o que ensejou a interposição deste agravo.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso.

Decido.

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada, preenchendo, dessa forma, os requisitos de admissibilidade, razão

pela qual **comporta conhecimento**.

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

Segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, "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."

Observa-se, assim, que o dispositivo legal estabelece apenas os requisitos necessários para a aplicação da minorante nele previsto; deixa, contudo, de estabelecer os parâmetros para a fixação do *quantum* de diminuição de pena.

Nesse sentido, tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, **as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas**. A propósito, confira-se o seguinte julgado: **AgRg no REsp n. 1.429.866/MT**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 1º/6/2015.

No caso, ao afastar a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o Tribunal de origem salientou (fl. 309):

[...] o caso concreto reclama, indubitavelmente, o afastamento da benesse em questão, por fundamento diverso.

Com efeito, considerando a expressiva quantidade de drogas apreendidas em poder do apelante - um total de 106 (cento e seis) porções, entre crack, cocaína e "maconha", pesando aproximadamente 275g (duzentos e setenta e cinco gramas) somado às demais circunstâncias envolvendo o caso concreto, permitem inferir, seguramente, o envolvimento do apelante em atividades ilícitas, fazendo do tráfico o seu meio de vida, a inviabilizar, portanto, a aplicação do redutor ora em questão.

Portanto, o Tribunal de origem fundamentou concretamente a não aplicação do privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Salientou, para tanto, **as condições estabelecidas no art. 42 da referida norma**, qual seja, **a quantidade dos entorpecentes apreendidos**.

Embora tais argumentos constituam, de fato, elemento concreto e idôneo a justificar a não incidência do redutor, **considero que o montante de substâncias encontrado com o acusado (90 g de maconha, 184 g de cocaína e 1 g de crack) não foi excessivamente elevado** a ponto de, isoladamente, evidenciar a acentuada reprovabilidade da conduta do réu.

Entendo, assim, **ser desproporcional sopesar, no caso ora analisado**, apenas essa circunstância para embasar a não incidência da minorante.

Entretanto, diante das particularidades da hipótese em exame – notadamente a quantidade e a diversidade das drogas acima detalhadas – reconheço ser adequada a **redução da pena na fração de 1/2**.

Desse modo, identifico a contrariedade ao § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e **fixo a fração de diminuição de pena no patamar de 1/2**. Ressalto que estou fixando a fração de redução no patamar médio, pela variedade de substâncias apreendidas e porque a quantidade de drogas apreendidas, se não expressiva, tampouco pode ser considerada ínfima.

II. Nova dosimetria

Procedendo-se, pois, à nova dosimetria da pena, verifico que a reprimenda-base ficou estabelecida no mínimo legal, ou seja, em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa. Na segunda fase, não há agravantes ou atenuantes. Na terceira etapa, reduzo a reprimenda em 1/2, em decorrência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, e torno a pena do acusado definitivamente estabelecida em **2 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa**.

III. Consectários – regime e substituição

Como consectário da redução efetivada na pena do recorrente, deve ser procedido ao ajuste no regime inicial do seu cumprimento. Uma vez que ele foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, era tecnicamente primário ao tempo do delito, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal, foi beneficiado com a minorante prevista no §

4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e foi apreendido com quantidade de drogas não tão elevada, **deve ser fixado o regime inicial aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao preconizado pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Igual sorte não assiste, contudo, ao acusado quanto à pretendida substituição da sanção reclusiva por medida restritiva de direitos, haja vista que, dados os elementos concretos dos autos – variedade de substâncias, droga altamente deletéria aos usuários e em quantidade não irrelevante –, evidencia-se que a substituição da reprimenda não se mostra medida socialmente recomendável.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **conheço do agravo para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento**, a fim de: a) aplicar em 1/2 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do agravante para **2 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa**; b) fixar o regime aberto de cumprimento de pena.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor dessa decisão ao Tribunal de Justiça estadual e ao Juízo de primeiro grau, para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**