AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.391.441 - SP (2018/0288790-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE	:	GIOVANI FERREIRA ALVES
ADVOGADO	:	LEANDRO FRANCATTO ASSUNÇÃO - SP284680
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por GIOVANI FERREIRA ALVES contra decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu seu recurso especial interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional.

Depreende-se dos autos que o agravante foi condenado, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, em decorrência da apreensão de 49g (quarenta e nove gramas) de cocaína (e-STJ fl. 213).

A apelação defensiva foi desprovida pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 210/222).

Daí o recurso especial, no qual a defesa requereu a desclassificação do crime do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos para o do art. 28 da mesma lei.

Subsidiariamente, requereu a aplicação da minorante no patamar máximo e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Inadmitido o recurso na origem, os autos subiram a esta Corte Superior por força de agravo.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo **desprovimento** do agravo (e-STJ fls. 1.096/1.100).

É o relatório.

Decido.

Suficientemente impugnados os fundamentos da decisão agravada e presentes os pressupostos processuais, conheço do agravo. Passo, dessa forma, à análise do recurso especial.

Quanto à dosimetria da pena, o Tribunal de origem consignou o

seguinte (e-STJ fls. 218/219):

> *A causa de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, foi acertadamente aplicada na fração de 1/6 (um sexto), levando em conta que, embora não provado que o réu se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa, com ele foi apreendida considerável quantidade de drogas, tratando-se de pequeno traficante.*
>
> [...]
>
> *Por fim, verifica-se que a pena fixada é superior a 4 (quatro) anos de reclusão, não sendo cabível, portanto, a substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos, a teor do artigo 44, inciso I, do Código Penal.*
>
> *Por fim, observo que o réu não se insurgiu contra o regime inicial fixado para cumprimento da pena, o que torna despicienda a apreciação desta matéria.*

No ponto, consta da sentença condenatória (e-STJ fls. 143/144):

> *Em primeira fase, fixo a pena privativa de liberdade acima no mínimo legal, na medida em que o acusado é primário e a quantidade e natureza da droga serão apreciadas em terceira fase de dosimetria.*
>
> *Nesse cenário, fixo a pena privativa de liberdade em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.*
>
> *Em segunda fase, não há agravantes, mas está presente a atenuante da confissão espontânea, sem reflexo sobre a pena-base, pois fixada no mínimo legal.*
>
> *Em terceira fase, afasto a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, já que os guardas civis municipais disseram que o acusado estava se locomovendo com sua bicicleta, de modo que resta duvidoso se as drogas seriam realmente comercializadas nas imediações dos locais que constam no laudo pericial de fls. 134/137.*
>
> *Em terceira fase, entendo possível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, que deve incidir no patamar mínimo.*
>
> *Para tal conclusão, destaco que o acusado foi surpreendido na posse de 54 porções de droga de altíssimo poder vulnerante (cocaína), hipótese em que o mais recomendável é a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4°, da Lei n. 11.343/06 em sua fração mínima.*
>
> *Assim, aplico a fração de 1/6, resultando pena privativa de liberdade de 4 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 416 dias-multa.*
>
> *Pouca importa que apenas parte do material se tratasse de cocaína, já que, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, preponderam apenas a natureza e quantidade da droga:*
>
> [...]

> *A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime inicialmente FECHADO ante a gravidade dos fatos, que alarmam a sociedade e financiam outros crimes, bem como o disposto no artigo 2°, § 1°, da Lei n° 8.072/90 e na lei n. 11.343/06. Oportuno trazer a lume, ainda, precedente do Superior Tribunal de Justiça:*
>
> *Inviável a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que a pena supera o patamar de quatro anos, incidindo a vedação do art. 44 do Código Penal.*

De início, insta ponderar que o Tribunal *a quo,* com esteio no acervo fático-probatório definido nas instâncias ordinárias, reconheceu estar comprovada a autoria e a materialidade do tráfico ilícito de entorpecentes.

Assim, a pretensão recursal de desclassificação para o delito do art. 28 da Lei de Tóxicos esbarra no óbice imposto na Súmula n. 7/STJ, uma vez que a reversão da conclusão assentada na origem, no ponto, demanda impreterível revolvimento de fatos e provas.

De outro lado, cabe registrar que, consoante orientação jurisprudencial assente nesta Corte Superior de Justiça, a fixação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em fração <u>inferior</u> à máxima, exige fundamentação concreta.

A respeito:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, C/C O ART. 40, V. DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 8 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E PROPORCIONAL. 5KG DE COCAÍNA. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 APLICADA SEM FUNDAMENTAÇÃO. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA JÁ UTILIZADAS NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE DE NOVA UTILIZAÇÃO PARA DEFINIR A FRAÇÃO REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FRAÇÃO MÁXIMA APLICADA. PENAS REDUZIDAS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO ESTABELECIDO E NÃO APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CP. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...]
>
> *- A escolha da fração redutora mínima de 1/6, pelo tráfico*

privilegiado, não veio amparada em qualquer fundamentação, em evidente afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República.

Assim, considerando que a quantidade e a nocividade da droga apreendida já foram utilizadas na primeira etapa da dosimetria, o que impede o seu uso, novamente, para fins de definição da fração redutora na etapa derradeira, e levando-se em conta a primariedade da paciente, deve a pena provisória ser reduzida na fração máxima de 2/3, ante a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, reduzindo as penas da paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 208 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 298.479/BA, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 30/8/2016.)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (85 KG DE MACONHA). ART. 42 DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. MINORANTE FIXADA AQUÉM DO MÁXIMO SEM FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Nos termos do entendimento firmado por esta Corte, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a exasperação da pena-base. Inteligência do art. 42, da Lei 11.343/06.

3. A fixação da fração do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, aquém do máximo exige fundamentação concreta. Inteligência do art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 2 anos e 9 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 270 dias-multa. (HC 307.254/RO, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 01/06/2016.)

No caso em apreço, o Tribunal de origem, ao aplicar a causa especial de redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/6, o

fez com fundamento na quantidade e natureza da droga apreendida.

Observa-se que a Corte estadual reconheceu a figura do tráfico privilegiado, mas não apresentou fundamentação idônea para a escolha da fração intermediária de redução da pena.

Vale salientar que a quantidade de droga apreendida – 49g de cocaína – não é expressiva a ponto de representar fundamentação idônea para a aplicação da redução em patamar diverso do máximo.

Destarte, a minorante comporta aplicação em seu patamar máximo, qual seja, na fração de 2/3, estando o aresto recorrido em dissonância com o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Em consequência, passo ao redimensionamento da pena do recorrente.

Dessa forma, mantidos os critérios utilizados pelo Tribunal de origem e, consequentemente, inalterada a pena provisória de 5 anos de reclusão, reduzo a sanção, agora, em 2/3, diante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, redimensionando a pena do recorrente para o montante definitivo de 1 ano e 8 meses de reclusão.

Outrossim, a Corte local, efetivamente, não indicou elementos concretos dos autos que evidenciassem a insuficiência da aplicação do regime inicial aberto para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

Assim, o posicionamento expendido no acórdão recorrido destoa da orientação assente no Superior Tribunal de Justiça de que é incabível a imposição do regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso com fundamento, apenas, na hediondez e na gravidade abstrata do delito.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2º E 3º DO CP. NECESSIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.*
>
> *1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.*
>
> *2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal*

> *Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*
>
> *3. Na hipótese vertente, verifica-se que as instâncias de origem não lograram motivar de maneira idônea a manutenção do regime inicial fechado, deixando de apreciar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos artigos 33 e parágrafos do Código Penal.*
>
> *4. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e tendo sido a reprimenda final estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, é razoável o estabelecimento do regime inicial aberto para o inicial cumprimento de pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.*
>
> *5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o inicial cumprimento de pena.* (HC 337.282/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2015, DJe 11/12/2015.)

Ante o exposto, **conheço do agravo e dou parcial provimento ao recurso especial** para aplicar a redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no seu patamar máximo de 2/3, redimensionando a pena imposta ao recorrente para 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto.

Determino, ainda, que o Juízo das Execuções Penais, de maneira motivada, analise a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator