AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.394.194 - MS (2018/0294202-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	KAYLA KARINA GONÇALVES LIMA ACOSTA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVANTE	:	GUSTAVO GASPARINO DA SILVA
ADVOGADO	:	ARLEI DE FREITAS - MS018290
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o ora agravante GUSTAVO GASPARINO DA SILVA foi denunciado como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas e associação para o (tráfico), absolvido da segunda imputação e condenado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, além de pagamento de 500 dias-multa, conforme a sentença de fls. 219-242.

A acusação apelou, pleiteando a fração mínima na aplicação da causa de diminuição prevista na Lei Antidrogas para a primeira agravante e o afastamento da conversão da pena corporal e a fixação do regime fechado para o segundo agravante.

O Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial, conforme a seguinte ementa:

> *APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL TRÁFICO DE DROGAS DOIS RÉUS PEDIDO DE REDUÇÃO DO QUANTUM DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO PARA 1/6 (UM SEXTO) ACOLHIDO ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA (461,8KG DE MACONHA) AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITO ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O FECHADO RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. Como cediço, não existe fórmula matemática estabelecida em lei para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4° do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, cabendo ao magistrado, dentro dos parâmetros legais, analisar as peculiaridades de cada caso e estabelecer a fração mais justa e adequada à repreensão e prevenção do delito, atentando-se às circunstâncias previstas no artigo 59, do Código Penal, e no artigo 42, da Lei nº 11.343/06. Na hipótese dos autos, diante da quantidade exorbitante de droga apreendida*

(461,8kg de maconha), o privilégio sequer deveria ter sido reconhecido em favor da apelada Kayla, por evidenciar o forte compromisso desta com o tráfico e o envolvimento com organização criminosa. Contudo, observando-se os limites do recurso ministerial e o princípio da non reformatio in pejus, a minorante deve ser reduzida para o patamar mínimo de 1/6 (um sexto).

2. Deve ser afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, porquanto a reprimenda redimensionada suplanta 04 (quatro) anos de reclusão, encontrando óbice no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

3. Apesar da reprimenda corporal dos apelados ser inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a quantidade exorbitante de droga apreendida (461kg de maconha) revela que o regime fechado é mais adequado à prevenção e reprovação da conduta, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. Recurso ministerial provido, para reduzir o quantum de incidência da redutora do tráfico privilegiado, reconhecida à apelada Kayla, para o patamar de 1/6 (um sexto), afastando-se, por consequência, a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito, bem como para fixar o regime inicial fechado para ambos os apelados (fl. 355).

Na sequência, a defesa interpôs o recurso especial, no qual alega violação dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal - CP.

Sustenta, em síntese, que não prospera a fixação de regime fechado, com fundamento na gravidade abstrata do delito, pois a quantidade da droga não justifica o agravamento do regime.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista a incidência da Súmula n. 7 desta Corte. Contraminuta (fls. 615-619). O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do agravo (fls. 630-634).

É o relatório. Decido.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, na fixação do regime de pena suficiente à reprovação e à prevenção do delito de tráfico de drogas, o juiz deve levar em consideração, além de outras circunstâncias, a quantidade e a natureza da substância apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006), pois quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério do entorpecente maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, notadamente por força do princípio da individualização da pena.

Assim, o aresto recorrido não merece reforma, pois em consonância com a

jurisprudência deste Pretório, firme no sentido de que a quantidade e natureza da droga apreendida – *in casu* foi apreendida grande quantidade de maconha (461,8 Kg) –, justificam a imposição do regime inicial fechado. Nesse sentido, o seguinte julgado:

> HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA COM O PACIENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 387, § 2º, DO CPP. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PARECER ACOLHIDO.*
>
> *[...]*
>
> *2. Na hipótese dos autos, não há falar em constrangimento ilegal na imposição do regime inicial fechado, pois, apesar da primariedade do paciente e da fixação da pena-base no mínimo legal, a reprimenda definitiva imposta (superior a 4 anos de reclusão) aliada à quantidade e diversidade de droga apreendida justificam a aplicação do regime inicial mais rigoroso.*
>
> *3. A alegação de que o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal deve ser analisado para o cômputo da fixação do regime inicial de cumprimento de pena não foi enfrentada pela Corte originária; logo, qualquer manifestação deste Superior Tribunal acerca do tema implicaria indevida supressão de instância.*
>
> *4.* Writ *não conhecido* (HC 344.300/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 28.4.2016).

Diante do exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator