AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 610.575 - ES (2014/0299494-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	RICARDO SILVA ROSÁRIO (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **RICARDO SILVA ROSÁRIO** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Alega a defesa, nas razões do recurso especial, violação dos arts. 33, § 2º, "b", 59 e 68 do Código Penal, bem como dos arts. 33, § 4º, e 42 da Lei n. 11.343/2006.

Aduz ausência de fundamentação idônea na fixação da pena-base.

Aponta a ocorrência de *bis in idem* na aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

Argumenta que, no caso, é possível a fixação de regime inicial diverso do fechado, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer, assim, a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação da minorante em patamar superior a 1/4, a fixação de regime inicial diverso do fechado, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 543-545).

O recurso foi inadmitido (e-STJ, fls. 584-592).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (e-STJ, fls. 635-639).

É o relatório.

Decido.

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

O juiz sentenciante fixou a pena nos seguintes termos:

> "JOÃO DE ANDRADE, RICARDO SILVA ROSARIO e RAFAEL SILVA ALVARENGA, já qualificados nos autos, foram denunciados pelo MINISTERIO PUBLICO ESTADUAL, porque, segundo descreve a denúncia, no dia 24 de março de 2011, policiais militares, em patruihamento ostensivo no Bairro São Benedito, nesta capital, visualizaram os réus em atitudes suspeitas, tendo a oportunidade de observar que "RICARDO vigiava o local, enqúanto JOÃO e RAFAEL se revezavam em segurar uma sacola de plástico branca, quando viram um cidadão se aproximando deles e resolveram abordá-los".
> [...]
> A autoria do delito encontra-se amplamente demonstrada nos autos, sendo certo que na data descrita na denúncia, policiais militares fiagraram os réus exercendo a mercancia ilegal de drogas, logrando apreender **180 (cento e oitenta) papelotes de cocaína, 86 (oitenta e seis) pedras de crack e 49 (quarenta e nove) buchas de maconha**, além da quantia de R$ 520,80 (quinhentos e vinte reais e oitenta centavos).

> [...]
> 2. Em relação ao réu RICARDO SILVA ROSARIO
> A **culpabilidade** foi intensa, considerando que o réu agiu com total consciência da ilicitude do fato, sendo o grau de reprovabilidade elevado, os antecedentes não registram condenação anterior; a personalidade não pode ser aferida pelos elementos colhidos nos autos; a conduta social é compatível com o meio em que vive; os **motivos** do crime não favorecem; as **circunstâncias** também não são favoráveis, considerando o tempo, lugar e maneira de agir indicando que atuava intensamente integrando organização criminosa voltada para o tráfico de drogas; as **consequências** são próprias do tipo; o comportamento da vítima em sendo a sociedade, resta prejudicado; e a **condição econômica** não é boa.
> Considerando ainda a **quantidade e a natureza dos entorpecentes**, fixo a pena base em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses.de reclusão e em 500 (quinhentos) dias de multa.
> Não há atenuante nem agravante; tomando como norteador as circunstâncias acima, **considerando a culpabilidade do réu, bem como levando em conta a expressiva quantidade e potencialidade lesiva dos entorpecentes, aplico a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4°, da Lei 11.343/06, à razão de 1/4 (um quarto).**
> Não prospera maior redução porque os elementos coligidos indicam que o réu vinha praticando a mercancia de drogas no local da prisão, sendo parte integrante do esquema do tráfico, atingindo profundamente a sociedade..
> Inexiste causa de aumento de pena, razão pela qual torno o apenamento, em definitivo EM 04 (QUATRO) ANOS. 09 (NOVE) MESES E 22 (VINTE E DOIS) DIAS DE RECLUSÃO E EM 375 (TREZENTOS E SETENTA E CINCO) DIAS DE MULTA fixada à razão de 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo vigente na data do fato, a ser paga em dez dias do trânsito em julgado da sentença, por entender ser necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do delito." (e-STJ, fls. 223-241)

Por sua vez, o acórdão recorrido encontra-se assim fundamentado:

> "Os apelantes RICARDO SILVA ROSÁRIO, JOÃO DE ANDRADE e RAFAEL SILVA ALVARENGA requerem a redução das respectivas penas aplicadas, se for possível, para o mínimo legal.
> Todavia, nota-se que a dosimetria confeccionada em primeiro grau de jurisdição foi muito bem elaborada e não merece qualquer tipo de reparos, uma vez que os ditames legais dos artigos 59 e 68 do Código Penal e do artigo 42 da Lei 11.343/06 foram seguidos e todas as etapas da dosimetria foram realizadas de forma bem fundamentada.
> A tese sustentada pelas defesas dos apelantes de que a análise das circunstâncias judiciais foi feita de forma genérica não merece guarida, uma vez que cada uma das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis a cada apelante foram motivadas de forma suficiente e clara.
> Tanto é assim, que as penas-bases foram aplicadas próxima ao mínimo legal. O que não ocorreu somente para o recorrente JOÃO

DE ANDRADE que, por possuir mais circunstâncias judiciais desfavoráveis do que os outros, e ser a pessoa que comandava o tráfico de drogas exercido pelo grupo, tornando sua conduta mais reprovável, recebeu a pena-base de 07 (sete) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Vale consignar, ainda, que a aplicação da pena-base no mínimo legal só é possível quando todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu, o que não ocorreu na questão em debate.

[...]

Portanto, não há que se falar em redução das penas-bases dos apelantes.

[...]

Quanto ao pleito recursal de aplicação da causa de diminuição de pena disposta no artigo 33, § 4°, da Lei n° 11.343/06, em seu patamar máximo (2/3), arguido pela defesa de RICARDO SILVA ROSÁRIO, entendo que não merece guarida a tese defendida pelo ilustre advogado de defesa.

O magistrado *a quo* fixou a fração de subtração desta causa de diminuição de pena fundamentando suficientemente na sentença condenatória:

"(...) Tomando como norteador as circunstâncias acima, considerando a culpabilidade do réu, bem como levando em conta a **expressiva quantidade e potencialidade lesiva dos entorpecentes**, aplico a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4°, da Lei 11.343/06, à razão de 1/4 (um quarto).

Não prospera maior redução porque os elementos coligidos indicam que o réu vinha praticado a mercancia de drogas no local da prisão, sendo parte integrante do esquema do tráfico, atingindo profundamente a sociedade." Dito isso, percebe-se que a causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, foi devidamente aplicada e seu patamar de alteração da pena foi suficientemente justificado, diante da **diversidade e quantidade** de droga apreendida com os recorrentes.

Se faz importante ressaltar a discricionariedade existente quando da aplicação da causa de diminuição de pena em questão, que deve se mostrar adequada ao caso concreto no sentido de ser suficiente à reprovação e prevenção do crime. Na esteira deste entendimento, segue aresto do Supremo Tribunal Federal:

[...]

Desse modo, ratificando a fração aplicada pelo magistrado *a quo*, julgo suficiente e compatível com o presente caso a incidência da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, na fração de um quarto (1/4).

[...]

Noutro giro, quanto ao pleito do apelante RICARDO SILVA ROSÁRIO de aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, entendo incabível diante da pena definitiva fixada.

No caso em tela, o apelante foi condenado à pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão. Diante disso, imperioso a visualização dos requisitos cumulativos para a aplicação da substituição da pena contidos no artigo 44 do Código Penal:

[...]

> Em conseguinte, extrai-se que a eventual concessão do beneficio da substituição de pena está condicionada ao preenchimento de todos os requisitos contidos no artigo 44 do Código Penal, não sendo o caso do recorrente RICARDO SILVA ROSÁRIO, cuja pena foi fixada em patamar acima de 04 (quatro) anos de reclusão.
> Relativamente à aplicação do regime inicial de cumprimento de pena ao apelante RICARDO SILVA ROSÁRIO, atualmente deve ser levado em consideração o artigo 33, § 3º e artigo 59, ambos do Código Penal, bem como o artigo 42 da Lei 11.343/06, haja vista que o Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, no *Habeas Corpus* n° 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado no dia 27 de junho de 2012, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, o qual impunha a obrigatoriedade de regime inicialmente fechado de cumprimento, de pena para os delitos hediondos e equiparados.
> De acordo com este julgado, o condenado pelo crime de tráfico de drogas possui a garantia constitucional (princípio da individualização da pena) de cumprir a sanção penal em regime diverso do inicialmente fechado, quando esteja dentro das previsões legais disposta no artigo 33 do Código Penal.
> Entretanto, em que pese a sanção do recorrente RICARDO SILVA ROSÁRIO autorizar a fixação do regime inicial semiaberto, examinado o caderno processual, imperioso se faz ponderar as circunstâncias fáticas em desfavor do requerente, haja vista ter sido apreendido com **86 (oitenta e seis) pedras de *crack*, pesando 25,5g (vinte e cinco gramas e cinco decigramas) gramas; 49 (quarenta e nove) buchas de maconha, pesando 122,3g (cento e vinte e duas gramas e três decigramas); e 180 (cento e oitenta) papelotes de cocaína, pensando 123,3g (cento e vinte e três gramas e três decigramas)**, o que, ao meu sentir, justificam o estabelecimento do regime fechado para o início do cumprimento da pena.
> Logo, com fulcro no artigo 59 do Código Penal e 42 da lei n. 11.343/06, tendo em vista as circunstâncias que ocorreram e a prática do crime de tráfico de entorpecentes cometido pelo apelante, mantenho o regime de cumprimento de pena inicialmente fechado." (e-STJ, fls. 454-462; sem grifos no original)

Na individualização da pena, o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.

In casu, o Tribunal de origem manteve a análise desfavorável da **culpabilidade** ("foi intensa, considerando que o réu agiu com total consciência da ilicitude do fato, sendo o grau de reprovabilidade elevado", dos **motivos** ("não favorecem"), das **circunstâncias** ("também não são favoráveis, considerando o tempo, lugar e maneira de agir indicando que atuava intensamente integrando organização criminosa voltada para o tráfico de drogas"), da **condição econômica** ("não é boa") e da **quantidade e a natureza dos entorpecentes** (86 pedras de *crac*k, pesando 25,5g; 49 buchas de maconha, pesando 122,3g e 180 papelotes de cocaína, pensando 123,3g), para

exacerbar a pena-base em **1 ano e 5 meses** acima do mínimo legal.

Contudo, em que pese a existência de certo grau de discricionariedade na dosimetria, com exceção da quantidade e da natureza das drogas, verifica-se que a decisão recorrida carece de motivação válida, pois não houve a indicação de elemento concreto algum que comprove a maior reprovabilidade da conduta do agente, quanto aos demais vetores.

Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, as considerações genéricas e desvinculadas do contexto fático dos autos, assim como elementos inerentes ao próprio tipo penal não servem para o agravamento da pena.

A propósito:

> "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, III, DA LEI N. 8.137/1990. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AFIRMAÇÕES CONCRETAS RELATIVAS À CULPABILIDADE E ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME.
> 1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, "a exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal. Assim, meras alusões à gravidade em abstrato do delito, à potencial consciência da ilicitude, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem lastro em circunstâncias concretas não podem ser utilizadas para aumentar a pena-base" (HC 353.839/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 08/06/2016).
> 2. Na espécie, o magistrado singular, ao condenar o agravante pela prática do crime previsto no art. 1º, III, da Lei n. 8.137/1990, fixou a pena-base acima do mínimo legal por considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas à culpabilidade do agente e às consequências do crime. Nesse contexto, a reprimenda básica foi estabelecida em 3 anos de reclusão (aumento de 1 ano). Ausentes agravantes ou atenuantes, na terceira fase do cálculo, a sanção foi acrescida de 1/2 pela continuidade delitiva, tornando-se definitiva em 4 anos e 6 meses de reclusão, mais 150 dias-multa.
> [...]
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (AgRg no AgRg no AREsp 39.737/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017);
>
> "REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES. DOSIMETRIA DA PENA. MOTIVO DO CRIME. LUCRO FÁCIL. FUNDAMENTO INIDÔNEO. AFASTAMENTO. RECURSO IMPROVIDO.
> 1. Não é dado ao juiz sentenciante se utilizar de elementares do tipo para considerar desfavorável ao denunciado os motivos do crime, consistentes na busca ao lucro fácil.
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

> (AgRg no AREsp 915.244/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/2/2017, DJe 2/3/2017);
>
> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 6.368/76. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. SÚMULA 284/STF. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.
> [...]
> 4. A possibilidade de evitar a conduta típica identifica-se com o conceito de exigibilidade de conduta adversa, elemento integrante da culpabilidade, que não pode ser avaliado negativamente na dosimetria (REsp 1197732/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 04/08/2014).
> 5. As consequências nefastas, vitimando toda sociedade, mormente o jovens da sua convivência, por serem ínsitas ao delito de tráfico de entorpecentes, não podem ser consideradas para o agravamento da pena-base.
> [...]
> 8. Recurso parcialmente conhecido e, nesse extensão, provido para fixar a pena do recorrente em 2 anos, 10 meses e 5 dias, em regime semiaberto, e 96 dias-multa, com extensão ao corréu."
> (REsp 1.135.435/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016).

Nesse passo, permanece apenas a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos como motivos idôneos a autorizar a exacerbação da pena-base.

Contudo, observa-se que a escolha da fração de 1/4, pela aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fundou-se também, na quantidade e na natureza das drogas apreendidas (**86 pedras de *crack*, pesando 25,5g; 49 buchas de maconha, pesando 122,3g e 180 papelotes de cocaína, pensando 123,3g**). E, conforme posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, **em sede de repercussão geral**, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 666.334/MG, está vedada a utilização, concomitantemente, da quantidade e da natureza da droga na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de configuração de indevido "bis in idem".

Dessa forma, na esteira da jurisprudência desta Corte, mantenho a valoração da quantidade e da natureza das drogas apenas na terceira fase da dosimetria da pena, afastando-se, assim, o *bis in idem* verificado.

Vale anotar que a teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

Passo, assim, a readequação da pena do recorrente.

A pena-base parte de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes, a pena permanece inalterada. Na última etapa, fixo em 1/4 a fração da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, **tornando a pena definitiva em 3 anos e 9 meses de reclusão mais 375 dias-multa.**

O regime prisional também merece alteração.

Estabelecida a pena em 3 anos e 9 meses de reclusão e aferida a quantidade de droga apreendida - circunstância elencada como preponderante e valorada na terceira fase - o regime semiaberto é o adequado para a reprovação do delito, 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:

> "PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. FIXADO SEMIABERTO. CONSIDERADO NATUREZA, QUANTIDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO RECOMENDÁVEL. AGRAVOS NÃO PROVIDOS.
> 1. Na hipótese, verifica-se ter sido dada a correta interpretação aos dispostos no art. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão e a recorrente seja primária, o regime semiaberto é o cabível à espécie, dada a presença de circunstância prevalecente, qual seja, "quantidade e natureza da droga" apreendida - 1.190 (um quilo e cento e noventa gramas) de cocaína.
> 2. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas.
> 3. Agravos regimentais não providos."
> (AgRg no AREsp 677.469/MS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017).
>
> "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 1621637/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 11/11/2016).

Por fim, impende ressaltar que sopesada a quantidade e a natureza das drogas para justificar a escolha da fração da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 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 1558390/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 especial a fim de estabelecer a pena-base no mínimo legal e fixar a pena definitiva do recorrente em 3 anos e 9 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, mais pagamento de 375 dias-multa.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator