AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.466.700 - SP (2019/0075387-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	JONAS PEREIRA NOGUEIRA BRANCO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIELLE CRISTINA UEMURA - DEFENSORA PÚBLICA - SP234990
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **JONAS PEREIRA NOGUEIRA BRANCO,** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, violação dos artigos 33, § 3º, e 59, do Código Penal e 33, § 4º, e 44, da Lei 11.343/06.

Pleiteia: **a)** o deferimento da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar intermediário, uma vez presentes os requisitos para a concessão do benefício; **b)** a mudança para o regime aberto ou semiaberto, à alegação de que a quantidade de droga "não se mostra suficiente para legitimar a fixação de regime mais gravoso" (e-STJ, fl. 228); e **c)** a permuta da pena corporal por restritivas de direitos.

Apresentada as contrarrazões (e-STJ, fls. 236-245).

O recurso não foi admitido com fundamento na incidência das Súmulas 7/STJ e 284/STF (e-STJ, fls. 248-249). Daí este agravo (e-STJ, fls. 255-262).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (e-STJ, fls. 289-299).

É o relatório.

Decido.

O recurso merece prosperar em parte.

O juiz de primeiro grau fixou a minorante no patamar de 1/3, nos seguintes termos:

> "Passo à dosagem das penas. As circunstâncias judiciais objetivas não revelam dolo acima do mínimo exigido pelo tipo penal. Fixo ao réu, assim, pena -base de cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa. Na segunda fase, as penas não se alteram, posto que não há agravantes e a confissão não pode reduzir a pena aquém do mínimo legal.
> Por fim, presentes os requisitos exigidos pelo artigo 33, § 4°, da Lei 11.343/06. O réu é primário, e não há elementos a indicar que ele integre organização criminosa. Reduzo a pena de um terço, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida (maconha, cocaína, lança perfume). Como resultado, as **penas de três anos e quatro meses de reclusão e mais trezentos e trinta e quatro dias-multa.**
> Atente-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu quando à possibilidade de considerar a natureza e quantidade da droga na aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4° da Lei 11.343/06:
> Além disso, verifica-se que a Corte Estadual, ao analisar o apelo Ministerial, afastou a aplicação da causa especial de diminuição de

> pena, não só pela vedação quanto à cisão de dispositivos legais, mas também pelo não preenchimento dos requisitos necessários estabelecidos na novel legislação, fazendo-se a análise das circunstâncias fáticas do crime, bem como da quantidade e a qualidade da droga, o que o fez de forma acertada considerando-se o que dispõe o art. 42 da Lei n.° 11.343/06, in verbis: "Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente." (STJ - HABEAS CORPUS N° 194.623 - RJ (2011/0008046-1)." (e-STJ, fls. 114-115).

O Tribunal de origem proveu a apelação ministerial para afastar a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, fixar o regime inicial fechado e afastar a substituição da pena, nos seguintes termos:

> "Inicialmente, nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/06, deveria a pena-base ser fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada de drogas apreendidas, bem como natureza extremamente prejudicial de uma delas, consistente em cocaína. Entretanto, o Ministério Público não se inconformou com a pena-base no mínimo legal, razão pela qual permanece em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.
> Na segunda fase, não há atenuantes ou agravantes a serem consideradas.
> Na terceira fase, de rigor o afastamento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/06. JONAS trazia consigo 92 porções de cocaína, 15 de "maconha" e 19 de lança-perfume. A quantidade elevada, somada à diversidade, deixam evidente a dedicação à atividade criminosa do tráfico de drogas. Um traficante eventual não teria três tipos diversos de entorpecente, tampouco em tantas porções.
> Resulta definitiva, portanto, a pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.
> O regime inicial deverá ser fechado, nos termos do art. 33, § 3°, do CP, à vista das duas circunstâncias judiciais negativas supramencionadas, as quais, entretanto, não tiveram o condão de majorar a pena-base pela inexistência de recurso específico do Ministério Público." (e-STJ, fls. 208-209)

A teor do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para que incida a causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, é necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

O entendimento desta Corte é de que a mencionada norma legal tem como objetivo beneficiar, apenas, pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida.

Tem-se decidido também que a quantidade de droga e as demais circunstâncias do delito do CP devem servir de parâmetro para a definição do *quantum* de redução – de um sexto até dois terços – e para se constatar à dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes ou de sua participação em organização criminosa, a fim de obstar a incidência do referido benefício legal (AgRg no REsp 1.644.417/SP, Rel. Ministro

FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 29/03/2017).

Na hipótese, a Corte estadual entendeu que o recorrente se dedicava ao tráfico de drogas, não fazendo jus à minorante, tendo em vista a quantidade de drogas apreendidas.

Entretanto, trata-se da apreensão de **38,2 gramas de maconha, 53,5 gramas de cocaína e 19 frascos de lança-perfume** (e-STJ, fls. 92-94), e de acusado reconhecidamente primário e de bons antecedentes. Sendo assim, o *quantum* de droga apreendida e a não comprovação da atividade lícita, por si sós, *in casu*, não induzem a habitualidade delitiva do agente no tráfico de entorpecentes.

Desse modo, à míngua de elementos concretos que comprovem a efetiva dedicação dele em atividade criminosas, restabeleço a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em 1/3 aplicado pelo juiz de primeiro grau, atento aos vetores do art. 42 da referida lei (quantidade da droga apreendida).

Nesse sentido:

> "PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL SEMIABERTO. GRANDE VOLUME DA DROGA APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA MODULAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, LEI N. 11.434/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO RECOMENDÁVEL. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. Verifica-se não ter sido dada a correta interpretação aos dispostos nos arts. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão e os sentenciados sejam primários, o regime semiaberto é o cabível à espécie (como o imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada), dada a presença de circunstância prevalecente, qual seja, "grande quantidade de droga" apreendida (420,41 g de maconha), a qual foi inclusive considerada para modular o quantum da causa de diminuição.
> 2. No caso, utilizada a grande quantidade da droga para justificar a escolha da fração da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/2, 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).
> 3. É entendimento pacificado nesta Corte que inexiste *bis in idem* quando a quantidade e a natureza da droga são consideradas para afastar a minorante ou modulá-la e, logo depois, no momento da fixação do regime de cumprimento inicial da reprimenda. (Precedentes.)
> 4. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no AREsp 892.826/MG, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 23/06/2017).
>
> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FRAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR

> RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. Consoante jurisprudência desta Corte, devem ser avaliadas as circunstâncias do caso concreto para estabelecer a fração de diminuição da pena pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.
> 2. Havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento no patamar de 1/2, notadamente na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido, não há contrariedade ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.
> 3. Embora a agravante haja sido condenada a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, foram apontados elementos concretos e idôneos, - notadamente a quantidade e a natureza da droga apreendida - que, efetivamente, evidenciam ser o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, consoante o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei de Drogas.
> 4. Embora a agravante haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, entendo que as peculiaridades do caso concreto (em especial, a natureza e a quantidade de drogas apreendidas) 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. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no REsp 1.400.192/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016).

Passo, assim, à readequação da pena do recorrente.

Mantidos os demais critérios de individualização da pena utilizados pelo Tribunal de origem, na primeira fase, a pena se inicia em 5 anos de reclusão. Na segunda etapa, ausentes agravantes ou atenuantes, a pena permanece inalterada. Por fim, restabeleço a fração de 1/3 aplicada pelo juiz de primeiro grau do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tornando-a definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão, mais pagamento de 334 dias-multa, diante da ausência de outras minorantes/majorantes.

O regime prisional, também, merece alteração.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, estabelecida a sanção corporal em 3 anos e 4 meses de reclusão o **regime inicial semiaberto** é o adequado para a reprovação do delito considerando a quantidade da droga apreendida que modulou o quantum da causa de diminuição.

A propósito:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. 43 PORÇÕES DE COCAÍNA (10,85G). PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA NÃO RECOMENDÁVEL.
> 1. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a quantidade e a espécie de drogas apreendidas - 43 porções de cocaína, com peso líquido de 10,85g de cocaína -, não autorizam a fixação do regime prisional aberto.
> 2. A possibilidade de substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos foi concretamente afastada, em razão da natureza/quantidade de droga, o que indica não ser a medida, na hipótese, suficiente à prevenção e repressão do delito.
> 3. Agravo regimental improvido."
> (AgRg no REsp 1.492.149/SP, Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 2/02/2016).
>
> "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. VARIEDADE E QUANTIDADE DE DROGAS. SÚMULA 83/STJ. REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.
> 1. Não há ilegalidade na fixação do regime semiaberto ao presente caso, ainda que a pena seja inferior a 4 anos, pois o julgador trouxe fundamentação no sentido de ter sido encontrada com os recorrentes quantidade elevada de entorpecentes, além de variedade de substâncias, cocaína e maconha.
> 2. Agravo regimental improvido."
> (AgRg no AREsp 825.711/RJ, Min. Rel. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 3/03/2016).

Por fim, em relação à suposta negativa de vigência do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, reconheceu a inconstitucionalidade das expressões, contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos". Não há, desse modo, qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas.

Porém, no caso, 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.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, "c" do RISTJ, **conheço** do agravo, para **dar parcial provimento ao recurso especial** a fim de restabelecer a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/3 aplicada pelo juiz de primeiro grau, redimensionando a pena do recorrente para 3 anos e 4 meses de reclusão, mais pagamento de 334 dias-multa, bem como para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento das penas

privativas de liberdade.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator