AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.460.374 - SP (2019/0065533-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	JEFFERSON WILLIAN FERREIRA ALONSO (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO VANESSA MEDRADO DE SOUZA - DEFENSORA PÚBLICA - SP301016
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **JEFFERSON WILLIAN FERREIRA ALONSO** 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, § 4º, da Lei 11.343/06, 33, § § 2º e 3º, 44, do Código Penal, e 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Aduz que estão presentes os requisitos para a aplicação da causa de diminuição da pena, uma vez que o recorrente é primário, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa.

Alega que "o Recorrente preenche os requisitos para obtenção de regime inicial de cumprimento de pena aberto (levando-se em conta a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, §42, da Lei n.11.343/06), ou, ao menos, diverso do fechado (tendo em vista a pena privativa de liberdade de seis anos mantida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo" (e-STJ, fl. 334).

Obtempera que o tempo de prisão provisória deverá ser computado pela Corte de origem para a fixação do regime inicial.

Por fim, requer a aplicação da minorante no grau máximo de 2/3, a fixação do regime aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a detração da pena.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 348-356), o recurso foi inadmitido com fundamento nas Súmula 7 do STJ e 284 do STF (e-STJ, fls. 359-360). Daí este agravo (e-STJ, fls. 367-373).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (e-STJ, fls. 396-400).

É o relatório.

Decido.

O Tribunal *a quo* enfrentou os temas controvertidos impugnados nas razões do recurso especial, com a seguinte fundamentação:

> "Inexistentes agravantes, atenuantes ou causas de aumento, tornadas definitivas no quantum fixado, à míngua de variáveis, pois não era mesmo o caso de aplicação da minorante da Lei n° 11.343/06, art. 33, § 4°.
> Com efeito, como já assentou o STJ, a razão do aludido redutor é justamente punir com menos rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 (REsp 1341280/MG, Ministro ROGERIO

SCHIETTI CRUZ, DJe 29/9/14).

Nesse sentido: "a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4", da Lei n" 11.343/06" (STJ, He 202.617/AC, Ministro ADILSON VIEIRA MACABU, DJe 20/6/11), Por isso, para a aplicação da benesse em comento são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes, que o agente não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

No caso, o Apelante foi surpreendido, mantendo em depósito, drogas variadas, individualmente embaladas, prontas ao consumo, em conhecido ponto dc tráfico, além dc ostentar duas condenações por delitos de idêntica natureza, revelando, obviamente,, não se tratar de "traficante de primeira viagem", mas, sim, de habitual criminoso, com intimo trânsito na criminalidade (difícil alguém conseguir tais substâncias sem se valer de organização criminosa) fazendo, do comércio ilícito de drogas, o modo de vida, lembrando-se que a mitigação não é direito subjetivo.

Nesse sentido: "... de acordo com o referido dispositivo legal, o Magistrado poderá reduzir a pena fixada ao agente - de um sexto a dois terços - desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Cuida-se, pois, de faculdade que o .Juiz de Direito usará ou não, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, e não direito subjetivo do acusado" (TJSP - Apelação Criminal N° 0075009-66.2010.8.26.0050 - Rel. Des. RICARDO TUCUNDUVA - 6" Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça - vi,, j. 11/8/11 - grifei).

E nem se alegue eventual dupla punição pelo mesmo fato - bis in idem - relativo à utilização da mesma circunstância utilizada na primeira fase - elevada quantidade - para
mpedir a aplicação do aludido redutor, uma vez que este deixou de incidir também em virtude da dedicação à prática delitiva, tudo em fases distintas da dosimetria.

[...]

No que tange ao regime, não se ignora que o mesmo Sodalício reconheceu e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei n° 8.072/90, art. 2°, § 1°, que instituiu obrigatoriedade do início da pena no fechado, no julgamento do HC n° 111.840/ES. Entretanto, aqui se afigurou correta a fixação do mais rigoroso, diante da gravidade concreta da conduta - havia notícia de o Apelante ser o responsável pelo abastecimento da "biqueira", pois mantinha em depósito variedade e montante de drogas suficiente à pronta entrega ao consumo de terceiros -, salientando-se que, quando disseminadas, as mencionadas substâncias trazem elevados riscos à saúde pública, inexistindo qualquer afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização ou violação às Súmulas/STF, nos 718 e 719 e STJ, n° 440.

Impossível, de outro lado, qualquer apreciação sobre eventual detração penal (CPP, art. 387, § 2°), neste âmbito recursal, para progressão de regime, sob pena de supressão da instância, ofensa ao duplo grau de jurisdição e ao princípio do juiz natural, sem contar que inexistem elementos concretos à apreciação do

> requisito subjetivo, também necessário para qualquer deliberação sobre modalidade prisional menos rigorosa - LEP, art. 112" (e-STJ, fls. 307-311).

No que tange à pretensão de aplicação da minorante, como é sabido, os requisitos legais para o deferimento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Segundo entendimento desta Corte, o mencionado dispositivo legal tem como objetivo beneficiar apenas pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

Na hipótese, verifica-se que a dedicação do recorrido às atividades criminosas se infere da existência de duas ações penais em andamento por tráfico de drogas. Releva salientar que "a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas" (HC 330.418/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 9/11/2015).

Nesse sentido:

> "[...]
> 1. A Terceira Seção desta Corte de Justiça entende que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 2. Ademais, modificar o entendimento do Tribunal de origem para reconhecer que o recorrente não se dedica à prática de atividades criminosas e, com isso, preenche os requisitos para a aplicação da causa especial de pena, tal como postulado, demandaria o reexame de todo o conjunto fático-probatório dos autos. 3. Agravo regimental improvido."
> (AgRg no AREsp 1136353/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017).

Quanto ao pleito de abrandamento do regime, de fato, a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e 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 (em 27/7/2012).

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.

Na hipótese, verifica-se ter sido dada correta interpretação ao disposto nos artigos 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada

em 5 anos de reclusão, e o sentenciado seja tecnicamente primário, o regime fechado é o cabível à espécie, dada a presença de circunstâncias desfavoráveis, qual seja, a natureza, quantidade e diversidade de drogas apreendidas (266,7 gramas de *cannabis sativa*, 3,25 gramas de crack e 116,2 gramas de cocaína, e-STJ, fl. 307), bem como pelo fato de ser o recorrente responsável pelo abastecimento da "biqueira", consoante as informações nos autos.

Ilustrativamente:

> "[...]
> 2. De acordo com a jurisprudência desta Quinta Turma, processos em andamento só não podem ser utilizados na primeira fase de dosimetria da pena para majorá-la, sendo possível utilizar esses fatos criminais para vedar a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como na hipótese dos autos. Precedentes (HC 313.812/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 10/05/2016 e HC 280.204/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, DJe 17/04/2015).
> 3. Quanto ao regime fechado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Todavia, no caso, não se evidencia ilegalidade na fixação do regime fechado, pois, embora a primariedade do paciente e o quantum de pena, inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, "b", do CP), permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade de drogas apreendidas, quase 5 quilos de "maconha" (art. 42 da Lei n. 11.343/06), justificam a imposição de regime mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal. Habeas corpus não conhecido."
> (HC 308.414/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 1º/08/2016).

> "[...]
> - A fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada pelas instâncias ordinárias que, a teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consideraram, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal - CP, a natureza e a quantidade da droga apreendida (1.085g de cocaína).
> - Rever a fração aplicada na origem a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é procedimento vedado a este Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial, em que não se admite o reexame de matéria fático-probatória. Incidência do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte (ut, AgRg no REsp 1470904/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 4/12/2014).
> - Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao recorrente não reincidente, condenado à pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (grande quantidade de cocaína). (HC 228.963/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 27/04/2015).

> - Não há falar em *bis in idem* na utilização da quantidade do entorpecente para exasperar pena-base e fixar o regime inicial mais severo - A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal). Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.317.838/SP, Ministro Rel. ERICSON MARANHO, Desembargador convocado do TJ/SP, SEXTA TURMA, DJe 16/03/2016).

No que concerne ao pleito de detração da pena, a Lei n. 12.736/2012 alterou o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal determinando que o tempo da prisão provisória deverá ser computado para fixação do regime inicial de cumprimento de pena pelo juiz sentenciante, *in verbis:*

> "Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
> [...]
> § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei n. 12.736, de 2012)."

Assim, não há falar, *in casu*, em progressão de regime. Confira-se:

> "A questão, no caso, não é de execução penal, mas de fixação do regime inicial de cumprimento de pena a ser imposto pelo Juízo singular - o da condenação - por ocasião da sentença, quando se computará o período em que o réu permaneceu preso provisoriamente para fins de escolha do modo inicial de execução da sanção, por intenção e determinação do legislador.
> **Da mesma forma deve se dar quando da análise da questão pelo Tribunal em sede de recurso com efeito devolutivo."**
> (AgRg no AREsp 652.915/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 9/03/2016, grifou-se.)

Confiram-se:

> "[...]
> 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o disposto no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 12.736/2012, refere-se ao regime inicial de cumprimento de pena, e não à progressão, própria da execução penal, competindo, portanto, ao juízo de conhecimento a análise da possibilidade de se estabelecer um regime inicial mais brando, observada a detração no caso concreto. Precedentes.
> 2. Assim, cabe ao Magistrado sentenciante 'descontar da pena privativa de liberdade imposta ao condenado o período de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação. Se, com o tempo descontado, à luz do art. 33, § 2º, do Código Penal, for possível a alteração do regime, poderá o juiz estabelecer novo regime inicial de cumprimento, se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal assim recomendarem' (HC 307.521/SP, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME - Desembargador Convocado do TJ/SP - DJe 3/12/2014).

> 3. Agravo regimental não provido."
> AgRg no AREsp 627.082/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA,QUINTA TURMA, DJe 11/11/2015).
>
> "[...]
> 1. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal se refere ao regime inicial de cumprimento de pena e não possui relação com o instituto da progressão de regime, devendo o juiz sentenciante verificar a possibilidade de se fixar um regime mais brando de acordo com a detração no caso concreto. Sendo assim, não há falar em análise dos requisitos objetivos e subjetivos, até porque tal exame implicaria invasão da competência do Juízo de Execuções, prevista no art. 66, III, *b*, da Lei n. 7.210/1984.
> 2. Agravo regimental improvido."
> (AgRg no REsp 1.540.451/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 5/11/2015).

No caso, o acórdão foi prolatado após 30/11/2012 (data de publicação da Lei n. 12.736/2012), devendo, portanto, ser observado o tempo de prisão temporária para fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda.

No entanto, inviável o estabelecimento direto de regime menos gravoso por esta Corte Superior, diante da ausência de análise do Tribunal de origem **quanto ao tempo de prisão processual cumprida pela parte,** sendo, então, necessário o reexame das provas dos autos para sua aferição, providência não admitida na via do recurso especial.

Por fim, indeferido o pleito de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, mantendo-se a pena de 6 (seis) anos de reclusão, o pedido de permuta da pena corporal por restritivas de direitos resta prejudicado, diante da ausência do requisito objetivo previsto no artigo 44, I, do Código Penal.

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 determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que se proceda à análise do período em que esteve preso provisoriamente a recorrente, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, e defina o regime cabível.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator