

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.547.369 - SP (2019/0218208-4)**

**RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ**  
**AGRAVANTE : DIEGO SHIGEMATU DE SOUSA**  
**ADVOGADO : EDUARDO FERRARI GERALDES - SP215741**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO DE INADMISSÃO TIDO POR NÃO IMPUGNADO PELA PRESIDÊNCIA DO STJ. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006). ARGUIÇÃO DE OFENSA AO ART. 155 DO CPP. ENUNCIADOS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO). ALEGAÇÃO DE OFENSA AO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PATAMARES VARIÁVEIS (1/6 A 2/3). FIXAÇÃO DA FRAÇÃO EM 1/6 (93,65G DE MACONHA E 28,5G DE COCAÍNA). POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA (INCISO I DO ART. 44 DO CP). DETRAÇÃO PENAL (§ 2.º DO ART. 382 DO CPP). AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO SEGURA SOBRE O TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. APLICAÇÃO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AGRADO REGIMENTAL PROVIDO. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO APELO NOBRE E, NESSA EXTENSÃO, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO.

**DECISÃO**

Trata-se de agravo regimental interposto por DIEGO SHIGEMATU DE SOUSA contra decisão da lavra do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Exmo. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, que não conheceu do agravo em recurso especial.

A Defesa afirma que, nas razões do agravo em recurso especial, demonstrou o desacerto da aplicação do Enunciado n.º 7 desta Corte Superior e do Enunciado n.º 284 do Supremo Tribunal Federal, consignado na decisão que não conheceu da impugnação especial (fl. 459).

Em contrarrazões, o Ministério Público Federal se manifesta pela manutenção

da inadmissão do recurso, pois "[o]s argumentos apresentados não têm o condão de modificar as assertivas desenvolvidas no decisório ora impugnado" (fl. 495).

Pugna, assim, pela reconsideração da decisão agravada ou pela submissão do feito ao Órgão Colegiado.

É o relatório. Decido.

No âmbito do agravo em recurso especial, o princípio da dialeticidade impõe ao agravante o ônus de impugnar especificamente os fundamentos da decisão agravada, a fim de remover os obstáculos ao conhecimento do recurso especial interposto.

Na hipótese em apreço, o Presidente do Superior Tribunal de Justiça não conheceu do agravo em recurso especial ao fundamento de que a Parte Agravante deixou de impugnar especificamente a "*ausência de indicação de artigo de lei federal violado - Súmula 284/STF*" (fl. 452).

Todavia, do cotejo da decisão ora agravada com as razões recursais do respectivo recurso, verifico que, de fato, **o fundamento de inadmissão em tela foi especificamente impugnado**, pois, a par da generalidade do juízo prévio de admissibilidade, o ora Agravante afirmou que o Tribunal de origem "*se equivocou ao aplicar a Súmula 284, do Supremo Tribunal Federal por analogia ao caso dos autos*" e que o pleito defensivo "*ficou muito evidente, permitido a total compreensão*" (fl. 416).

Entendo que exigir maior extensão ou profundidade dos argumentos lançados no agravo não conhecido, no caso, equivale ao segundo juízo de admissibilidade, apenas possível quando confrontado o acórdão recorrido com as razões do recurso especial, o que obriga a cognição do recurso, tendo em vista que tal exame já revela a devolução da questão agravada (novo juízo de admissibilidade).

Muito embora seja possível não conhecer do agravo em recurso especial por argumentações genéricas, **a medida de sua admissibilidade não deve extrapolar os fundamentos consignados na decisão agravada**. Dito de outro modo, se os obstáculos ao conhecimento do recurso especial são lançados sem vinculação a teses aventadas nas razões recursais, a mera oposição particularizada ao óbice satisfaz a exigência do art. 932, inciso III, do CPC, isto é, mera infirmação objetiva.

**Desse modo, conhecendo do agravo anterior, tendo em vista que é**

**tempestivo e impugnou o fundamento da decisão agravada, passo ao exame do recurso especial.**

Consta dos autos que o ora Agravante foi condenado, por ter sido flagrado com 93,65g de maconha e 28,5g de cocaína, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, **em regime inicial fechado**, e ao pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, não concedida a substituição da pena privativa de liberdade (fl. 259).

Interpostos recursos pelas Partes, a Corte local deu parcial provimento ao apelo ministerial para exasperar a pena ao patamar de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias multa, considerando a natureza e a quantidade da droga apreendida, modulando a redutora na fração mínima de 1/6 (fl. 331), com manutenção do regime fechado e negativa de substituição da pena reclusiva.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fl. 339).

Nas razões do recurso especial, interposto com base no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, a Defesa sustenta as seguintes questões: **a)** ofensa ao art. 155 do CPP, pois a condenação estaria fundamentada exclusivamente nos elementos de informação colhidos no Inquérito Policial; **b)** ofensa ao § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006; **c)** ofensa ao art. 33, § 2.º, alínea *b*, do CP, tendo em vista que seria cabível o regime mais brando à espécie; e **d)** ofensa ao art. 387, § 2.º, do CPP (detração penal).

No que interessa ao feito, o Tribunal de origem lançou os seguintes fundamentos (fls. 329-331; sem grifos no original):

*"Inatendíveis, também, os pedidos defensivos, de abrandamento da regência carcerária e de substituição da pena restritiva de liberdade por penas restritivas de direitos.*

*Com efeito. O recorrente trazia consigo e tinha em depósito, para fins de tráfico, porções individuais de 'maconha' e cocaína, esta última, substância tóxica devastadora e de alto poder viciante, de sorte que a gravidade concreta desse delito, que vem causando grande intranquilidade à população ordeira, revela-se totalmente incompatível com modalidades prisionais mais brandas, razão pela qual, de fato, o regime fechado é o único adequado para a reprovação e prevenção do crime.*

*E com relação à detração, decorrente do período de prisão provisória, é necessário que se faça uma interpretação sistemática da norma, tendo-se em vista que a fixação do regime carcerário é ditada,*

*não apenas pela quantidade da pena, mas também pelas circunstâncias e gravidade do delito praticado. Nesse diapasão, o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal somente deve ser aplicado em segunda instância, quando o estabelecimento do regime inicial tenha se baseado apenas no quantum da pena, o que não é o caso dos autos.*

*De acordo com o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci, 'O disposto no § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal permite que o julgador promova o desconto pertinente à detração ao escolher o regime inicial do réu no caso de condenação. Não significa de modo algum que o magistrado deve sempre conceder o regime inicial mais brando, pois se pode considerar como adequado regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 59 do Código Penal, indicado pelo art. 33, § 3º; Até porque o juiz de execuções possui o quadro completo das condenações daquele réu, do seu comportamento carcerário, e do seu merecimento' (in Código de Processo Penal Comentado, 13ª edição, Editora Forense, pág. 805 a 806).*

*E não há falar-se, na hipótese, em substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.*

*É que a imposição de pena alternativa àquele que dispõe de drogas, como no caso, hábeis à pronta disseminação, potencialmente geradoras de riscos e malefícios aos que delas se servirem, soaria autêntico despropósito, senão incentivo, em contraponto ao princípio da suficiência, imperativo na sistemática penal vigente.*

[...]

*Do recurso ministerial.*

*Procede, em parte, o inconformismo ministerial, apenas para a redução do percentual da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que é mantida.*

[...]

*Todavia, dada a variedade e quantidade expressiva de drogas apreendidas, rememore-se, 06 porções de cocaína, 32 invólucros de 'maconha' e 114 eppendorfs contendo 93,65 g de 'maconha' e 28,5 g de cocaína, tem-se que, na hipótese, é de ser adotado o redutor mínimo (1/6), mais adequado e não o máximo, de modo que a pena reclusiva definitiva será de quatro anos e dois meses de reclusão e pagamento de quatrocentos e dezesseis dias-multa, unitário no piso legal.*

*No mais, observa-se que a r. sentença recorrida decretou a perda, em favor da União, apenas do dinheiro apreendido (R\$ 80,00), de sorte, à falta de recurso ministerial, nada obsta a restituição do celular Samsung Duos, apreendido à fl. 55, ao legítimo proprietário.*

*Por essas razões, com a observação supra, nega-se provimento ao apelo defensivo e dá-se parcial provimento ao apelo ministerial, para fixar a pena privativa de liberdade em **quatro anos e dois meses de reclusão e a pecuniária em quatrocentos e dezesseis dias-multa, de piso mínimo**; no mais, preserva-se a r. sentença recorrida, considerando-se, desde logo, prequestionada toda a matéria arguida, a fim de viabilizar a*

*interposição de recursos às Instâncias Superiores."*

A parte da sentença mantida, regime inicial e negativa de substituição da pena reclusiva, está calcada nos seguintes fundamentos (fl. 266; sem grifos no original):

*"Fixo a pena derradeira e motivada ao réu em reclusão, de 1 (um) ano e 8 (oito) meses e multa, de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no mínimo. **Cumprirá a pena inicialmente em regime fechado, em razão da hediondez do delito.** No entanto, como respondeu solto ao processo, poderá apelar em liberdade.*

*Determino a incineração do entorpecente, providenciando a Serventia com urgência, assim como decreto o perdimento do numerário apreendido em favor da União.*

*A teor do que dispõe o artigo 44 da Lei 11.343/06, o crime de tráfico ilícito de drogas é inafiançável e insuscetível de 'sursis', graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. No mais, o artigo 387, parágrafo segundo, do Código de Ritos não pode ser analisado como norma cogente ou racionalmente necessária, mas sim à vista da verdadeira situação trazida a julgamento. No caso, o réu responde a crime gravíssimo, hediondo, e a fixação de regime mais brando se considerado o tempo de custódia cautelar implicaria em desprestígio à justiça criminal e desrespeito ao princípio do juiz natural."*

Ao examinar o acórdão recorrido, verifico que **a tese de ofensa ao art. 155 do CPP, na espécie, não foi analisada pelo Tribunal a quo nem foi objeto de embargos de declaração**, no qual a Defesa se limitou a argumentar haver omissão *"no que tange ao pedido de justiça gratuita feito [...] em suas razões de apelação"* (fl. 334). Logo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual deixo de apreciá-lo, a teor dos Enunciados n.ºs 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente transcritos, *in verbis*:

*"É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."*

*"O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."*

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

*"[...]"*

*1. A tese relativa à ausência de intimação para o julgamento*

*dos aclaratórios defensivos não foi examinada pelas instâncias de origem, não tendo sido opostos novos embargos de declaração para suscitar a apontada omissão, de modo que a aplicação das Súmulas 282 e 356/STF se torna inconteste. [...]*

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 696.540/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe de 24/08/2018.)

Além do mais, verifica-se que o ora Agravante nem sequer suscitou essa questão nas razões da apelação defensiva. Não se pode ignorar que o efeito devolutivo do recurso de apelação encontra limite nas razões anteriormente expendidas pelo ora Agravante, em respeito aos princípios da dialeticidade e do *tantum devolutum quantum appellatum*.

No que diz respeito à suposta **ofensa ao § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006**, é cediço que o legislador penal apenas estabeleceu requisitos para aplicação dessa causa especial de diminuição de pena, deixando, todavia, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas no dispositivo legal.

Sobre o tema, cito os seguintes julgados:

**"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. ACUSADO PRIMÁRIOS E COM BONS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. MITIGAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA RECLUSIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.**

*1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do §4º do artigo 33 da nova Lei Antidrogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.*

[...]

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.796.165/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe de 04/06/2019.)

*"[...] 1. A teor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, as penas do crime de tráfico poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades*

*criminosas nem integre organização criminosa. À míngua de critérios legais que norteiem o grau da redução, firmou este Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a quantidade e/ou a natureza da droga, bem como as demais circunstâncias do caso, podem balizar o índice de diminuição, ou, até mesmo, justificar a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciada a dedicação do réu à atividade criminosa.*

[...]

3. Habeas corpus *denegado*." (HC 469.898/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe de 01/02/2019.)

Com efeito, o legislador prefixou patamares **variáveis** (1/6 a 2/3) a serem observados pelo órgão julgador ao diminuir a reprimenda, de modo que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas podem, em respeito ao princípio da individualização da pena, serem sopesados no momento da aplicação do referido *quantum*.

Nesse contexto, a hipótese dos autos, em que a Corte local fixou a fração de 1/6 de forma justificada, diante da diversidade e quantidade de drogas apreendidas (93,65g de maconha e 28,5g de cocaína), totalizando 146 (cento e quarenta e seis) porções individuais, não constato ofensa ao § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas. Exemplificativamente:

*"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. LOCAL EM QUE PRATICADA A MERCANCIA ILÍCITA. GRANDE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. EXERCÍCIO DE LIDERANÇA DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA POR UM DOS AGRAVANTES. DESFAVORECIMENTO DA CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006, RELATIVAMENTE A UM DOS AGRAVANTES. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

[...]

*- Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59, do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no*

*impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem, juntamente com as outras circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.*

*- Na terceira etapa dosimétrica das penas de JOSÉ VICTOR, deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, pois o acórdão recorrido aponta a necessidade de uma maior repressão do delito, ante a sua gravidade concreta, evidenciada essa última pela quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos (maconha e cocaína).*

*Agravo regimental desprovido."* (AgRg no HC 457.489/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe de 16/11/2018; sem grifos no original.)

Lado outro, apenas para registrar, quanto à hediondez do crime de tráfico privilegiado, deve-se acompanhar a decisão do plenário do STF, no julgamento do HC n.º 118.533/MS, em 23/06/2016, de Relatoria da Exma. Ministra CÁRMEN LÚCIA, na qual se assentou que o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda.

De qualquer sorte, certo é que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena nestes crimes, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.ºs 440/STJ e 718 e 719/STF.

Nesse sentido:

"[...]

**2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.**

**3. Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das expressões 'vedada a conversão em penas restritivas de direito' e 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito', constantes, respectivamente, do §4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.**

**4. Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva**



*imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual: 'Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito'. Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias. [...]*

*6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais." (HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe de 24/08/2016, sem grifos no original.)*

Nos crimes de tráfico de drogas, outrossim, também deverá ser considerado o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, que preceitua que "[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".

Na hipótese, verifica-se que o ora Agravante é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a pena definitiva foi estabelecida em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, sem haver fundamentação concreta para fixação de regime mais gravoso pelas instâncias ordinárias, pois amparada na hediondez do delito. Assim, considerando a pena definitivamente fixada, as circunstâncias judiciais favoráveis e a não expressiva quantidade de droga apreendida, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o **semiaberto**. Com igual conclusão, cito o seguinte precedente:

**"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO INSUFICIENTE PARA SE CONCLUIR PELA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.**

*1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois*

*terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

2. *Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa. Contudo, na espécie, a quantidade de entorpecente apreendida (**49,18g de crack, 10,04g de cocaína e 21,94g de maconha**) não se mostra suficiente para se concluir pela dedicação do paciente à atividade criminosa, à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, razão pela qual cabe a concessão da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/6 (um sexto).*

3. *Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada e a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.*

4. *Na espécie, **reconhecida a causa especial de diminuição da pena no montante de 1/6 (um sexto), o quantum de pena definitiva (4 anos e 2 meses de reclusão) e a quantidade não expressiva de entorpecente apreendido justificam a manutenção do regime inicialmente semiaberto de cumprimento da sanção.***

5. *Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 494.688/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe de 24/05/2019; sem grifos no original.)*

Em consequência da manutenção da pena no patamar de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mostra-se inviável a substituição da pena reclusiva, nos termos do inciso I do art. 44 do Código Penal, *in verbis*:

*"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:*

*I – **aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo**"*

**No que diz respeito à alegada ofensa ao art. 387, § 2.º, do CPP (detração penal)**, a decisão da instância ordinária de não promover a detração para efeito de estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, no caso concreto, não comporta reparo nesta Corte Superior, pois a ausência de informação segura sobre o tempo de prisão cautelar constitui circunstância suficiente para transferir ao Juízo da execução penal a tarefa

de aplicar o benefício. A propósito:

"[...]

1. *Constatada a ausência de informação segura sobre o tempo em que o condenado permaneceu cautelarmente preso, caberá ao Juízo da execução aplicar a regra do art. 387, § 2º, do CPP.*

2. *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no AREsp 1449193/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 17/09/2019.)

Aplica-se, quanto à fração da redutora prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, ao regime inicial de cumprimento da pena e à detração penal, o disposto no Enunciado n.º 568 desta Corte, do seguinte teor: "[o] relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema."

Por fim, **quanto ao dissídio pretoriano**, apesar da Defesa ter indicado a alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, verifico que não foi efetuada nos moldes dos arts. 1.029, § 1.º, do Código de Processo Civil, e 255, § 1.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça a comprovação da divergência jurisprudencial, sendo indispensável, para tanto, o cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os julgados paradigmas com a suficiente demonstração de similitude fática.

A propósito:

**"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA E CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. QUEBRA DA BANDEIRA DE POSTO DE GASOLINA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA. ACUSADO QUE SE DEFENDE DOS FATOS. CAPITULAÇÃO JURÍDICA QUE PODE SER ADEQUADA EM MOMENTO OPORTUNO. REGIMENTAL IMPROVIDO.**

*[...] é assente nesta Corte Superior que a comprovação da divergência jurisprudencial cabe a quem recorre, devendo este demonstrar nas razões recursais as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fático-jurídica entre eles. Para tanto, é indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto do acórdão recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente, o que não ocorreu na*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*espécie. (REsp 1642748/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 20/04/2017).*

[...]

*5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento." (EDcl no REsp 1.579.096/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 02/05/2018.)*

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo regimental para CONHECER do agravo em recurso especial, a fim de CONHECER PARCIALMENTE do apelo nobre e, nessa extensão, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para fixar o regime inicial semiaberto.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ  
Relatora