

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.574.802 - MG (2019/0263842-1)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
AGRAVANTE : PEDRO PAULO CEZARIO (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : OS MESMOS
AGRAVADO : NICOLAS ALLAN SOARES DIAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. PLEITO DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FIXAÇÃO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. PLEITO DE AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER EM PARTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de agravo manejado pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS** em face da decisão que inadmitiu recurso especial interposto contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça daquele Estado.

Consta dos autos que o juízo singular condenou o agravado, **Nicolas Allan Soares**, como incurso nas sanções do art. 33, **caput** c/c § 4º, da Lei nº 11.343/2006, à pena de **1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão**, em regime **aberto**, além de 183 (cento e oitenta e três) dias-multa, tendo a pena corporal sido substituída por duas restritivas de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana (fls. 248-265).

O eg. Tribunal **a quo deu parcial provimento** ao apelo da defesa e

negou provimento ao apelo ministerial, para redimensionar a pena de Nicolas Allan Soares Dias, para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, além de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa mantendo, no mais, a sentença condenatória.

O v. acórdão foi ementado nos seguintes termos (fl. 381):

"ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO – ABSOLVIÇÃO – CARÁTER PERMANENTE DO VÍNCULO NÃO DEMONSTRADO – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA – INCIDÊNCIA – RÉU PRIMÁRIO NÃO ENVOLVIDO EM CRIMINALIDADE – PENA – BASE – PEQUENA REDUÇÃO – QUANTIDADE DE DROGA NÃO DESBORDANTE DOS PARÂMETROS DE NORMALIDADE – RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO – RECURSO DEFENSIVO PROVIDO EM PARTE.

- Não restando comprovada nos autos a intenção dos agentes em perpetrar crimes diversos daqueles mencionados em denúncia, não concorrem a espécie os pressupostos da estabilidade e da permanência do vínculo, não restando caracterizada a associação criminosa retratada no art. 288 do CP.

- Evidenciada a primariedade de um dos recorrentes e indemonstrada sua dedicação à atividade criminosa, não se há de lhe afastar o privilégio a que alude o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

- Há de se promover pequena redução da pena-base fixada a um dos recorrentes, uma vez inexistente prova técnica a aquilatar sua personalidade e conduta social, já se subsumindo à tipologia delitiva, outrossim, as consequências do delito em apreço."

Opostos embargos de declaração pela acusação e defesa do corréu **Pedro Paulo Cezario**, estes foram rejeitados (fls. 419-422 e 424-427).

Interposto **recurso especial**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, o **Parquet** alegou ofensa aos arts. 33, §§ 2º e 3º, 59, **caput** e inc. III, e 68, todos do CP, e aos arts. 33, **caput** e § 4º, e 42, ambos da Lei nº 11.343/2006, com a alegação de que *"a Câmara acabou por violar a disposição legal que rege a matéria, eis que constam do próprio aresto recorrido elementos de convicção que atestam a inexistência de ao menos um dos requisitos cumulativos, previstos para a benesse do art. 33, § 4º, da Lei*

11.343/06, qual seja, a ausência de dedicação a atividades criminosas" (fl. 453), ainda mais se considerada a grande quantidade de droga apreendida, tratando-se de **"820,00g de maconha"** (fl. 453).

Argumenta que *"o Ministério Público da comarca de origem apontou, além da grande quantidade de maconha arrecadada, que **no local onde ocorreu a abordagem funciona boca de fumo já conhecida pelas forças de segurança pública** (fl. 233) sendo que, em tal espécie de traficância, existe **uma estrutura que necessita de várias pessoas a compartilhar tarefas relativas ao desenvolvimento dessa atividade delituoso, consistindo em abastecer de mercadorias (drogas) as biqueiras, vender mais mercadorias, vigiar o ponto de vendas, proporcionar segurança aos agentes que procedem às vendagens, recolher periodicamente a fêria amealhada no mercadejo"*** (fl. 453), o que supostamente demonstraria a dedicação do acusado Nicolas Allan a atividades criminosas.

Acrescenta que *"o delito foi praticado em concurso de agentes por indivíduos conhecidos na região como traficantes e foram arrecadados petrechos que também indicam habitualidade e profissionalismo no comércio maldito, notadamente diversos sacos plásticos comumente utilizados para embalar drogas"* (fls. 453-454).

Alega, ainda, *"ao contrário do que entendeu o acórdão recorrido, a quantidade de drogas apreendida - **quase um quilo de maconha** - é exorbitante, o que afasta qualquer possibilidade de que fosse o réu Nicolas um iniciante no mundo da criminalidade envolvendo drogas"* (fl. 455).

Requer, outrossim, que *"uma vez **decotada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos**, e, por consequência, tendo o réu sido condenado nos termos do art. 33, caput, do mesmo diploma normativo, faz-se necessária a elevação de sua pena-base, assim como a fixação do regime mais gravoso, bem como o reconhecimento da hediondez do delito"* (fl. 461), com seus consectários legais.

Por fim, pugna pelo provimento do apelo nobre, a fim de que seja

decotada a minorante em tela, com recrudescimento da pena-base e fixação de regime mais gravoso.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 479-484), sobreveio juízo negativo de admissibilidade fundado na aplicação da Súmula 7/STJ, pois a análise do acórdão recorrido implicaria revolvimento de matéria fático-probatória.

Nas razões do agravo, postula-se o processamento do recurso especial, haja vista o cumprimento dos requisitos necessários a sua admissão (fls. 501-516).

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo **não conhecimento** do agravo em recurso especial (fls. 541-544).

É o relatório.

Decido.

Tendo em vista os argumentos expendidos pela parte agravante para refutar os fundamentos da decisão de admissibilidade da origem, **conheço do agravo e passo a examinar o recurso especial.**

De início, cumpre asseverar a impossibilidade de conhecimento do pleito ministerial quanto ao aumento da pena-base, porquanto tal pretensão não foi veiculada na apelação interposta pela acusação (fls. 279-294), configurando indevida inovação recursal nos embargos de declaração opostos ao acórdão que negou provimento ao apelo ministerial, repisado neste apelo nobre.

Quanto ao tema, confirmam-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO FICTO. ART. 1.025 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INAPLICABILIDADE. ABSOLVIÇÃO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PLEITO PARA CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO. INVIABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Em relação aos arts. 8º da Declaração Universal

dos Direitos Humanos; 8,1 e 8,2 da CADH; 14, 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; e 159 do Código de Processo Penal; verifica-se que não foram devidamente prequestionados na instância de origem, incidindo à espécie a Súmula 211/STJ. Muito embora tenham sido opostos embargos de declaração para suscitar o debate, a matéria não foi abordada nas razões de apelação, motivo pelo qual a Corte de origem não tinha o dever de se pronunciar a respeito, em face da inovação recursal. In casu, esta Corte entende ser inaplicável o art. 1.025 do CPC.

2. O acolhimento do pedido de absolvição por insuficiência probatória demanda, in casu, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

3. "Nos termos do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, o habeas corpus de ofício é deferido por iniciativa dos Tribunais quando detectarem ilegalidade flagrante, não se prestando como meio para que a Defesa obtenha pronunciamento judicial acerca do mérito de recurso que não ultrapassou os requisitos de admissibilidade." (AgRg no REsp 1.788.559/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 6/8/2019, DJe 19/8/2019).

4. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 974.450/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 18/11/2019).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA NOMEAR ADVOGADO DE SUA CONFIANÇA. INOVAÇÃO RECURSAL EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS NA ORIGEM. TESE NÃO ARGUIDA NAS CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO. INVIABILIDADE NA VIA ESPECIAL. REU REVEL. INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO PARA SE MANIFESTAR NOS AUTOS. INÉRCIA DO CAUSÍDICO. NOMEAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEFENSOR NATURAL. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO.

1. Inviável a análise, por este Sodalício de tese que não foi alvo de impugnação da parte nas contrarrazões de apelação, ante a verificada inovação recursal em embargos declaratórios opostos na origem.

2. A ausência de intimação do réu revel para nomear advogado de sua preferência não se revela em nulidade, nos

termos do entendimento desta Corte.

3. Na hipótese, revel o denunciado, o causídico constituído foi devidamente intimado para se manifestar nos autos e, diante de sua inércia, foi nomeada a Defensoria Pública.

4. Em momento algum, a defesa logrou comprovar em que medida o agravante teria sido prejudicado, circunstância que reforça a impossibilidade de reconhecimento da eiva suscitada, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal.

5. Agravo desprovido" (AgRg no AREsp n. 1.532.977/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 8/11/2019).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. INOVAÇÃO RECURSAL. INOVAÇÃO RECURSAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE. MANUTENÇÃO.

I - O efeito devolutivo da apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente (tantum devolutum quantum appellatum), em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal.

II - Neste caso, o pedido de reconhecimento da confissão não foi apresentado pela defesa em sede de apelação, consistindo inovação recursal nos embargos de declaração, não tendo sido objeto de debates pelas instâncias antecedentes, o que inviabiliza a discussão da matéria em sede de recurso especial, por caracterizar ausência de prequestionamento.

III - O prequestionamento do tema recursal é imprescindível para a análise do recurso especial, inclusive na hipótese de se tratar de matéria de ordem pública.

*IV - "É inadequada a pretensão de concessão de habeas corpus de ofício com intuito de superar, por via transversa, óbice(s) reconhecido(s) na admissibilidade do recurso interposto" (AgRg no AREsp n. 686.951/RO, **Quinta Turma**, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 11/05/2018).*

*Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n. 1.562.106/PR, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe 22/10/2019).*

Dessarte, passo à análise quanto às pretensões de decote da

minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, fixação de regime mais gravoso e cassação da substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

A primeira questão a ser analisada cinge-se a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no presente caso. Aduz o **Parquet** que *"a Câmara acabou por violar a disposição legal que rege a matéria, eis que constam do próprio aresto recorrido elementos de convicção que atestam a inexistência de ao menos um dos requisitos cumulativos, previstos para a benesse do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, qual seja, a ausência de dedicação a atividades criminosas"* (fl. 453), ainda mais se considerada a grande quantidade de droga apreendida, tratando-se de **"820,00g de maconha"** (fl. 453).

O eg. Tribunal **a quo** assim se manifestou sobre o ponto (fls. 384-387):

"Por outro lado, ao conceder a Nicolas Allan Soares Dias o privilégio retratado no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, salientara a magistrada a primariedade, os bons antecedentes ostentados pelo recorrido, bem assim a ausência de provas de sua dedicação à atividade criminosa, não se havendo falar, portanto, no afastamento do benefício legal, nos moldes propugnados pelo MP em recurso de apelação. Atente-se à advertência de Renato Marcão:

[...]

Também desmerece censura a sentença ao fixar a Nicolas Allan Soares Dias regime prisional aberto e a promover em seu favor a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Há de se reportar ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 1.0145.09.558174-3/003(1), recentemente julgado por este Sodalício, no qual se reconheceu a possibilidade de fixação de regime prisional menos gravoso aos condenados por tráfico de entorpecentes com incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Aliás, plenário do STF, no âmbito do HC 118533, decidiu, por maioria de votos, não constituir crime de natureza hedionda o tráfico privilegiado, ao qual concorra a causa de diminuição de pena em apreço.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da disposição contida no art. 44 da Lei de Drogas, a vedar a possibilidade de conversão das penas em restritivas de direitos, por infringente ao princípio da individualização da reprimenda (HC 97256), impondo-se perscrutar, para efeito de concessão da benesse, a incidência dos requisitos objetivos e subjetivos compendiados no art. 44 do CP, bem assim as preponderantes destacadas no art. 42 da Lei 11.343/06, tais

sejam, a quantidade e a natureza da substância traficada, circunstâncias já analisadas para efeito de quantificação da reprimenda.

Passando-se à análise do recurso defensivo, há de se registrar, ab initio, a confissão empreendida na polícia por Pedro Paulo Cesário, lavrada nos seguintes termos:

[...]

Não obstante haja negado Nicolas Allan Soares Dias a imputação contida na inicial, dizendo-se mero usuário de entorpecentes, o recorrente fora flagrado pelos militares em ato de preparo da droga à comercialização:

[...]

Com efeito, coadunando-se os depoimentos prestados pelos milicianos aos demais elementos probatórios contidos nos autos, destacando-se, aqui, a efetiva apreensão de drogas no interior do imóvel e o empreendimento de fuga pelos recorrentes, não tem lugar o pleito absolutório deduzido em recurso. Ora, os depoimentos prestados pelos policiais, se não contrastados por outras provas aptas a minimizar-lhes a credibilidade, constituem seguros elementos de convicção condenatória, mormente se não demonstrado deliberado desígnio de prejudicar os interesses dos réus. Traz-se à colação, ao ensejo:

[...]

Em relação à metodologia adotada para a fixação da pena-base de Nicolas Allan Soares Dias, foram sopesadas negativamente sua conduta social e personalidade, inexistindo qualquer prova técnica a aferi-las, já se inscrevendo as consequências do crime em tipo penal. Em se considerando, ainda, conter-se em padrões de normalidade a quantidade de drogas arrecadada (820g de maconha), fixo a pena base no mínimo patamar legal, minorando-a à fração de 2/3 por força da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, concretizando-a em um ano e oito meses de reclusão e pagamento de 333 dias-multa.

Quanto à pena fixada à Pedro Paulo Cezário, tem-se por justificada sua quantificação nos moldes deduzidos em sentença, em se considerando o comprometimento de seus antecedentes criminais e, ainda, a reincidência invocada em segunda fase da dosimetria.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso ministerial e dou parcial provimento ao recurso defensivo, tão somente para minorar a pena imposta a Nicolas Allan Soares Dias, restando inalterados os demais dispositivos decisórios, inclusive quanto às obrigações impostas em substituição à perna privativa de liberdade."

Por sua vez, ao rejeitar os embargos de declaração ministeriais, a Corte de origem invocou os seguintes fundamentos, **in verbis** (fls. 421-422):

"Trata-se de embargos de declaração movidos pela Procuradoria

de Justiça, nos quais aponta a existência de omissões e obscuridades em Acórdão embargado, não fazendo jus o embargado Nicolas Alan Soares Dias ao privilégio de que trata o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, demonstrada sua dedicação à atividade criminosa inclusive pela quantidade de drogas apreendida nos autos, não bastando à concessão da benesse a primariedade e os bons antecedentes ostentados pelo agente.

Também Pedro Paulo Cezario aviou embargos declaratórios, nos quais reputa omissa o Acórdão embargado ao manter inalterada a pena fixada em sentença, existindo contra o embargante apenas uma condenação apta a forjar reincidência, sendo maculados os antecedentes mediante invocação de penas já cumpridas e extintas há mais de cinco anos, não desbordando dos padrões de normalidade as demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP.

Conheço de ambos os embargos, presentes os pressupostos de sua interposição.

Analizando-se detidamente a fundamentação vertida em ambos os declaratórios, constata-se o intuito de rediscussão meritória pelos embargantes, inexistindo omissões ou obscuridades a autorizarem a alteração da sentença pela via alvitada.

Pelo exposto, rejeito ambos os embargos declaratórios."

Esta Corte vem decidindo que a expressiva quantidade de droga apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a incidência do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa -, ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena.

Com efeito, o art. 42 da Lei 11.343/2006, determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a **natureza e a quantidade da substância** ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes, tendo a finalidade de conferir isonomia aos infratores, dando tratamentos desiguais para os que são diferentes.

Na hipótese, tenho que à grande quantidade de droga apreendida com o recorrido, além de circunstâncias fáticas delineadas no acórdão recorrido, que evidenciam a apreensão de **820 (oitocentas e vinte) gramas de maconha** (fl.

386), em local conhecido pelas autoridades policiais como boca de fumo - revela-se apta a evidenciar que ele dedicar-se-ia à atividade criminosa, não fazendo jus, portanto, à incidência da minorante, conforme previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Colaciono precedentes desta Corte que corroboram a tese ora aventada, **verbis**:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REEXAME DE PROVAS. QUANTIDADE DA DROGA. REGIME FECHADO JUSTIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. In casu, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior firmada no sentido de que a significativa quantidade de droga, circunstância do delito que pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Fixada a pena em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, "o regime fechado (o mais gravoso, segundo o quantum da sanção aplicada) é o correto à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a quantidade da droga apreendida, elencadas legalmente como circunstância preponderante" (HC 361.407/SP, desta relatoria, QUINTA TURMA, DJe de 2.9.2016).

3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp n. 1.672.617/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Pacionik, DJe de 20/10/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. BIS IN IDEM. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

2. Este Superior Tribunal possui o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender

das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.

3. O Supremo Tribunal Federal firmou a compreensão de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da reprimenda, ou na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa, sob pena de incorrer-se no inadmissível bis in idem.

4. Mostra-se perfeitamente possível ao julgador que, ao julgar recurso interposto pelo Ministério Público, possa, em estrita observância ao princípio da razoabilidade (que norteia a atividade discricionária do juiz na fixação da pena), reavaliar a pertinência de determinada circunstância que, a exemplo do que ocorre com a quantidade de drogas apreendidas, seja compatível tanto com a primeira fase quanto com as demais.

5. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp n. 1.390.118/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 30/5/2017).

Necessário, portanto, afastar a causa de diminuição de pena, ficando a pena definitiva do recorrido redimensionada em **5 (cinco) anos de reclusão**, além de 500 (quinhentos) dias-multa.

Passo ao exame da fixação do **regime**.

A definição do regime prisional para os condenados por tráfico de entorpecentes - crime equiparado a hediondo - deve seguir a sistemática estabelecida no art. 33, § 2º e 3º do Código Penal. Ainda, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece 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 conduta social do agente*".

Assim, na escolha do regime prisional, o julgador não está absolutamente adstrito ao **quantum** da pena imposta, devendo, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, guiar-se pelas diretrizes previstas no art. 59 do Estatuto

Repressivo e na gravidade concreta do delito.

Nesta toada:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 385.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 5/4/2017, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ENTORPECENTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. SÚMULA 7/STJ. REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO.

1. Afirmando as instâncias ordinárias, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, que o recorrente se dedica a atividades criminosas, concluir de forma diversa, aplicando a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, implica em exame aprofundado do material fático-probatório, inviável em recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

2. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a natureza, a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos são elementos que, associados às circunstâncias do caso concreto, evidenciam a dedicação do agente a atividades criminosas, impedindo a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. Na escolha do regime prisional, o julgador não está absolutamente adstrito ao quantum da pena imposta, devendo, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, guiar-se pelas diretrizes previstas no art. 59 do Estatuto Repressivo e na gravidade concreta do delito.

4. No caso, o regime mais gravoso - fechado - foi imposto devido à gravidade concreta da conduta, tendo em vista que o recorrente transportava para fins de tráfico 530,55 (quinhentos e trinta gramas, quinhentos e cinquenta miligramas) de Cannabis Sativa L e 16,560 g (dezesseis gramas, quinhentos e sessenta miligramas) de crack.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1583688/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 22/11/2019)

In casu, em que pese a fixação da **pena-base no mínimo legal**, ter a pena definitiva ficou em **5 anos de reclusão**, tenho que a grande quantidade de entorpecente apreendida, que foi utilizada na terceira fase para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado, atrai a fixação do regime mais gravoso, diante da gravidade concreta do delito. Desse modo, inviável a fixação do regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da**

Lei n. 11.343/06, apesar de ser o recorrido primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

Diante dessas considerações, não há que se falar em possibilidade de **substituição da pena** por restritiva de direitos, pois, diante do **quantum** de pena, não estão preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

Nesse sentido:

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CULPABILIDADE. FUNÇÃO DE COMANDO. EXASPERAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. ANTECEDENTES E MOTIVOS DO CRIME. PROCESSOS EM ANDAMENTO E LUCRO FÁCIL. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. REDIMENSIONAMENTO. § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. RECURSO IMPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

5. Reconhecida a dedicação a atividades criminosas, afasta-se a incidência do tráfico privilegiado.

6. Definitivamente fixada a pena privativa de liberdade acima de 4 anos de reclusão, fica impossibilitada a sua conversão por restritiva de direitos, por não preencher o requisito objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

*7. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta" (AgRg no AREsp n. 500.028/GO, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 19/12/2017).*

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DE UMA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE A PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM.

[...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que a paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelos mesmos motivos, inviável a fixação do regime aberto.

[...]

6. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de reduzir a pena da paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal" (HC n. 408.575/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 12/12/2017, grifei).

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, inciso II, **a e c**, do Regimento Interno do STJ, **conheço do agravo para conhecer em parte do** recurso especial e, nessa extensão, **dou-lhe provimento** para redimensionar a pena, fixar o regime fechado e cassar a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, nos termos da fundamentação retro.

Superior Tribunal de Justiça

P. e I.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo
(Desembargador Convocado do TJ/PE)

Relator