AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.784 - SP (2019/0237826-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	DOUGLAS ALVES OLIVEIRA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FELIPE AMORIM PRINCIPESSA - DEFENSOR PÚBLICO - SP271727
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **DOUGLAS ALVES OLIVEIRA DA SILVA** 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, e 33, § 2º, *b* e *c*, do Código Penal.

Aduz, em síntese, que estão presentes os requisitos para a aplicação do redutor na fração máxima, uma vez que o recorrente é primário e possui bons antecedentes, bem como a quantidade e variedade de drogas só poderão ser sopesadas na 1ª fase da dosimetria da pena, "tornando *bis in idem* sua utilização em outras fases da mesma" (e-STJ, fl. 250), não sendo, pois, fator impeditivo para o deferimento do benefício.

Alega, ainda, que o regime fechado foi imposto com fundamento na gravidade abstrata e na hediondez do delito, razão pela qual requer seja fixado regime mais brando.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 258-263), o recurso foi inadmitido com fundamento na Súmula 284 do STF (e-STJ, fls. 266-267). Daí este agravo (e-STJ, fls. 275-280).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (e-STJ, fls. 302-306).

É o relatório.

Decido.

O recurso não merece prosperar.

O Tribunal *a quo* manteve o afastamento da minorante e o regime inicial fechado, com a seguinte fundamentação:

> "Também correta a negativa da aplicação do redutor do § 4°, do artigo 33, da Lei n° 11.343/06. A uma, por força da natureza nefasta da droga em tela (crack). A duas, em razão da relevante quantidade apreendida e fragmentado acondicionamento (27 gramas de cocaína, na forma de crack, fracionados em 112 partes - peso líquido, conforme laudo de fls. 76). A três, pela gravidade concreta (comprovada pelos fatos desta ação penal) da conduta de comércio, com considerável quantidade de droga (crack), com alto poder alucinógeno e viciante, e a apreensão de R$ 60,00, em dinheiro (sem a comprovação da origem e envolvendo apelante desprovido de ocupação lícita devidamente comprovada). Enfim, na esteira dos princípios da proporcionalidade e da suficiência, e das finalidades de prevenção e reprovação ao crime, incompatibilizada se afigura a

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: A84BB8C6-1B42-4CBF-A0CF-062929D1E84D

benesse - de natureza excepcional, frise-se - ao caso enfrentado.
Noutras palavras, a causa especial de diminuição da pena do § 4° deve ser tratada como exceção - e não regra geral - caso a caso, pena de indevido esvaziamento das penas em abstrato cominadas para o delito de tráfico de entorpecentes tipificado no caput, aliás ainda equiparado a hediondo (STF - He n° 122594/SP - Primeira Turma - Rel. Ministra Rosa Weber - J. 23.09.2014 - Dje 07.10.2014; STJ - AgRg no AREsp 359220/MG - Sexta Turma - Rel. Maria Thereza de Assis Moura - J. 03.09.2013 - DJe 17.09.2013; TJSP - Apelação n° 0027092-46.2013.8.26.0050 - 15a Câmara de Direito Criminal - Relator J. Martins - J. 08.05.2014).
Pelos mesmos motivos (quando da negativa do redutor do § 4°, do art. 33, da Lei n° 11.343/06, retro), o regime imposto deve ser mantido, pois, muito embora não se desconheça que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n.° 111.840/ES (27.06.2012), tenha afastado a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, a hipótese em exame, por suas características, incompatibiliza e desautoriza o estabelecimento de regime prisional mais brando (cf. artigo 59, III; c.c. art. 33, § 3°, do Código Penal).
Confira-se, por oportuno:

> Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do
> regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado. (AgRg no HC no 322.686/RJ, Rel.
> Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015)."

"Respeitado o entendimento diverso, acompanho a Douta Maioria, pela não concessão da causa de diminuição da pena, prevista no artigo 33, § 4 º da Lei de Drogas, pois o embargante não fazia jus ao benefício.
É que para a aplicação dessa causa de diminuição, além de o agente preencher os requisitos estabelecidos no tipo penal (agente primário, de bons
antecedentes, que não se dedique a atividade criminosa e nem integre organização criminosa), ainda deve ficar demonstrado que se trata de pequeno traficante, que tenha agido de forma ocasional, pois a intenção do legislador ao permitir a redução das sanções penais, foi justamente diferenciar o traficante contumaz, que dispõe de sofisticado aparato organizado, daquele eventual que vende drogas para sustentar seu vício.
No caso, foi apreendida expressiva quantidade de crack (112 pedras pesando 40,0 gramas). Além disso, o réu responde a outro processo pela prática de tráfico de drogas (certidão criminal de fls. 85/86), o que evidencia dedicação à atividade criminosa, circunstância que por si só impede a aplicação do redutor.
Nesse ponto, convém ressaltar que foi pacificado no Superior

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: A84BB8C6-1B42-4CBF-A0CF-062929D1E84D

> Tribunal de Justiça, quando do exame do EREsp 1.431.091/SP, o entendimento segundo o qual é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para a formação da convicção de que o réu se dedica à atividade criminosa, de modo a afastar o benefício previsto no mencionado dispositivo.
> Ademais, cabe ao Poder Judiciário resguardar a ordem social e jurídica, dando a medida exata da reprimenda adequada, a fim de coibir estas condutas extremamente prejudiciais e, ao mesmo tempo, objetivando a reinserção social do apenado, para que ele volte a viver em sociedade e, mais, trilhe o caminho do cumprimento de suas obrigações, deveres e restrições naturais.
> Destarte, não era mesmo caso de concessão da causa de diminuição" (e-STJ, fls. 212-213, grifou-se).

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 natureza e quantidade de droga apreendida e da existência de uma ação penal 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 inicial, melhor sorte não assiste ao recorrente.

Como é cediço, 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

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: A84BB8C6-1B42-4CBF-A0CF-062929D1E84D

Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na identificação 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 por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, observa-se que o recorrente foi condenado a pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado para cumprimento inicial da pena, que foi devidamente fundamentado consoante dispõe o art. 33, e parágrafos, do Código Penal e a Súmula 269/STJ, não havendo, portanto, qualquer desproporcionalidade na imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda, pois, inobstante ser a pena inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a expressiva quantidade da droga apreendida (40 gramas de *crack* - e-STJ, fl. 213) justificaram a imposição do regime mais gravoso.

Ilustrativamente:

> "[...]
> 1. Na falta de parâmetros legais, a quantidade de droga apreendida, entre outras circunstâncias do delito, pode servir para a definição do patamar de redução - de um sexto até dois terços - e para impedir a aplicação do referido benefício quando evidenciar a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no REsp 1.298.240/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 22/06/2016; AgRg nos EDcl no AREsp 869.591/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2016). No caso, a aplicação da minorante foi afastada, em decisão suficientemente motivada, segundo a qual considerou a elevada quantidade de droga apreendida - 1.900g de pasta-base de cocaína mais 30g de maconha.
> 2. Verifica-se ter sido dada correta interpretação aos dispostos no art. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 5 anos e 6 meses de reclusão, e o sentenciado seja primário, o regime fechado é o cabível à espécie, dada a presença de circunstâncias desfavoráveis, qual seja, a grande quantidade da droga apreendida, que foram inclusive devidamente sopesadas na terceira fase do cálculo da pena, a fim de afastar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.
> 3. Restando a pena definitiva superior a 4 anos, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pois o agravante não atende ao requisito objetivo para o deferimento da permuta legal. (Precedentes.)
> 4. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no AREsp 1002290/AM, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 23/06/2017).
>
> "[...]
> - 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

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: A84BB8C6-1B42-4CBF-A0CF-062929D1E84D

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 1317838/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 16/03/2016).

"[...]
1. Não se presta o recurso especial à revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias. Admite-se, contudo, o reexame quando configurada manifesta violação dos critérios dos arts. 59 e 68 do CP, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.
2. Mostra-se válido o aumento da pena-base em 6 meses acima do mínimo legal, ao fundamento de que o réu se encontrava cumprindo pena em regime semiaberto quando da prática do delito.
3. Admite-se a fixação de regime prisional fechado ao réu reincidente, condenado à pena inferior a 4 anos, se a pena-base é estabelecida acima do mínimo legal.
4. Agravo regimental improvido."
(AgRg no REsp 1.558.372/SP, Min. Rel. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 16/06/2016).

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ, **conheço** do agravo para **negar provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: A84BB8C6-1B42-4CBF-A0CF-062929D1E84D