

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 844.518 - SP (2016/0024680-5)**

**RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**AGRAVANTE : GUSTAVO GARCIA SENA**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto por GUSTAVO GARCIA SENA contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não admitiu o recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, "a", da Constituição da República.

Colhe-se dos autos que o réu foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais 166 dias-multa, pela prática do delito inscrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas).

Segundo a denúncia, o réu foi surpreendido portando aproximadamente **14g (quatorze gramas) de cocaína e crack** (e-STJ fl. 1).

Defesa e acusação apelaram, e a 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de origem proveu apenas o recurso do Ministério Público para estabelecer a minorante da pena em 1/6. A sanção foi redimensionada para 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 416 dias-multa (e-STJ fls. 174/190).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 244/249).

No recurso especial, a defesa apontou violação do art. 33, § 4º, e 42 da Lei de Drogas e 33, 44, 49 e 59 do Código Penal.

Afirmou que a quantidade e natureza dos entorpecentes não poderiam influenciar na escolha da fração redutora da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, motivo pelo qual o recorrente fazia jus à diminuição da reprimenda em 2/3.

Defendeu a modificação do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade.

Diante dessas considerações pediu o provimento do recurso "[...]"

*redimensionando-se a reprimenda para o patamar mínimo, estipulando-se o regime aberto (se reduzida a reprimenda) ou semiaberto (se não reduzida a reprimenda) e operando-se substituição da pena segregativa de liberdade por pena restritiva de direitos se o quantum de permitir" (e-STJ fl. 291).*

Contrarrazões às e-STJ fls. 300/303. O recurso especial não foi admitido (e-STJ fls. 306/307). A defesa interpôs agravo (e-STJ fls. 311/326) provocando a ascensão dos autos para análise nesta Corte.

Intimado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo parcial provimento do recurso para se fixar o regime inicial semiaberto (e-STJ fls. 345/346).

É, em síntese, o relatório.

**Decido.**

**Minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006)**

No caso em tela, constato que o colegiado estadual justificou a redução da pena em 1/6 com base nos seguintes fundamentos, *ipsis litteris* (e-STJ fls. 186/188):

*No caso em apreço, o Apelante não possui registro de processos anteriores por tráfico de drogas, aliás, é primário e portador de bons antecedentes, com o reconheceu a r. sentença combatida, o que permite concluir, por si só, tratar-se mais de um traficante ocasional, merecedor da redução da pena.*

***Há que se levar em conta, porém, a quantidade e a natureza da droga por ele comercializada. O crack é uma droga devastadora, trás péssimas conseqüências tanto para quem usa como para a sociedade em geral. De poder sobrenatural, o crack sempre vicia a pessoa quando do seu primeiro experimento e o que vem depois é tragédia certa. Portanto, diante da quantidade, 49 pedras, quantidade esta que poria em risco a saúde de cerca de 5 dezenas de pessoas, e qualidade da droga é de rigor a diminuição em seu patamar mínimo, como pleiteia o MINISTÉRIO PÚBLICO.***

*Assim, fixada na primeira fase as penas-básicas no mínimo legal, qual seja, 05 anos e 500 dias-multa, e na segunda fase, mesmo diante da maioridade relativa, devem ser mantidas, haja vista a impossibilidade de reduzir as penas aquém do mínimo legal conforme enunciado da Súmula 231 do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; na terceira fase de fixação da pena, onde, em virtude do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, devem as penas serem diminuídas em 1/6, tornando-as definitivas em 04 anos e 02 meses de*

*reclusão e, 416 dias-multa.*

*Quanto ao regime prisional, objeto também de contestação pelo Parquet, deve alterar-se para o **fechado** para o início de cumprimento de pena haja vista este decorrer de **texto expresso de lei (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90), que deve ser respeitado**. Destarte, embora esse tratamento mais rigoroso não chegue a ponto de impor um regime integralmente fechado, certo é que a Constituição Federal estipulou um tratamento diferenciado a esses delitos; logo, não poderiam eles ser agraciados com regimes prisionais mais brandos de início, tal qual os crimes comuns.*

*[...]*

*Ademais, a natureza e quantidade das drogas apreendidas, exigem a imposição de maior rigor, afinal, muito mais acentuada a culpabilidade de GUSTAVO. (Grifei.)*

De acordo com o aludido 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 e portador de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

*In casu*, os julgadores estaduais consideraram a quantidade e a natureza dos entorpecentes para determinar a aplicação do redutor em 1/6.

Considerando a quantidade de drogas encontradas em poder do paciente – aproximadamente 14g (quatorze gramas) de cocaína e *crack* –, aliada à primariedade e aos bons antecedentes do réu, além da inexistência de provas concretas, nos autos, que demonstrassem que ele se dedicava a atividades delituosas ou integrava organização criminosa, não se justifica a aplicação do redutor em fração inferior a **2/3**.

Consequentemente, **restabeleço toda a dosimetria realizada pelo magistrado de piso**, que fixou a pena-base no mínimo legal, reconheceu a atenuante da menoridade relativa e, na terceira fase, aplicou a **minorante na fração de 2/3**. A pena foi consolidada em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 166 dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas sanções restritivas de direitos (e-STJ fls. 81/88).

Ante o exposto, **conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial a fim de restaurar a minorante em 2/3 e restabelecer toda a dosimetria fixada pelo Juízo de primeiro grau** (e-STJ fls. 81/88).

# *Superior Tribunal de Justiça*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 1º de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator