



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2401347 - SP (2023/0227416-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : ALISON ADRIEL DE NOVAES SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AMANDA GRAZIELLI CASSIANO DIAZ - DEFENSORA PÚBLICA
DANIEL MOBLEY GRILLO - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVANTE : DOUGLAS DANIEL DA SILVA
ADVOGADO : DAIANA DEISE PINHO CARNEIRO - SP294772
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR PROVAS INSUFICIENTES E APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, BEM COMO ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS TESTEMUNHAIS E MATERIAIS. RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM 2/3. REDIMENSIONAMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelos agravantes, condenados por tráfico de drogas. A defesa sustenta a ausência de provas suficientes para a condenação, pleiteia a aplicação da minorante do tráfico privilegiado na fração máxima, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime mais brando.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se há fundamentos legais suficientes para a manutenção da condenação por tráfico de drogas; (ii) estabelecer se houve ilegalidade na fixação da pena, especialmente quanto à aplicação da minorante do tráfico privilegiado e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A condenação dos agravantes foi baseada em provas testemunhais e materiais, incluindo depoimentos de policiais militares, apreensão de entorpecentes e dinheiro, além de laudos toxicológicos que atestam a materialidade do crime.

4. A incidência da Súmula 83/STJ se aplica ao caso, pois o entendimento do Tribunal de origem está em conformidade com a jurisprudência consolidada do STJ no que diz respeito à presença de elementos de prova suficientes para a condenação, considerando as apreensões e circunstâncias fáticas, bem como os depoimentos dos policiais, prestados em juízo.

5. A jurisprudência desta Corte indica que a quantidade de droga e a ausência de trabalho lícito, por si só, não afastam o direito à aplicação da minorante na fração máxima, nem impedem a fixação de regime prisional aberto ou a substituição da pena por restritiva de direitos.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 28 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0227416-8

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.401.347 /

SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000516720228260510 0000051672022826051015003732420218260550
000005167202282605101500373242021826055066962021
15003732420218260550 20220000808856 516720228260510
51672022826051015003732420218260550
5167202282605101500373242021826055066962021 66962021

PAUTA: 26/11/2024

JULGADO: 26/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ALISON ADRIEL DE NOVAES SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AMANDA GRAZIELLI CASSIANO DIAZ - DEFENSORA PÚBLICA
DANIEL MOBLEY GRILLO - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVANTE : DOUGLAS DANIEL DA SILVA
ADVOGADO : DAIANA DEISE PINHO CARNEIRO - SP294772
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico
Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo e deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.

C542225512549844<5/@ 2023/0227416-8 - AREsp 2401347



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2401347 - SP (2023/0227416-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : ALISON ADRIEL DE NOVAES SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AMANDA GRAZIELLI CASSIANO DIAZ - DEFENSORA PÚBLICA
DANIEL MOBLEY GRILLO - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVANTE : DOUGLAS DANIEL DA SILVA
ADVOGADO : DAIANA DEISE PINHO CARNEIRO - SP294772
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR PROVAS INSUFICIENTES E APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, BEM COMO ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS TESTEMUNHAIS E MATERIAIS. RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM 2/3. REDIMENSIONAMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelos agravantes, condenados por tráfico de drogas. A defesa sustenta a ausência de provas suficientes para a condenação, pleiteia a aplicação da minorante do tráfico privilegiado na fração máxima, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime mais brando.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se há fundamentos legais suficientes para a manutenção da condenação por tráfico de drogas; (ii) estabelecer se houve ilegalidade na fixação da pena, especialmente quanto à aplicação da minorante do tráfico privilegiado e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A condenação dos agravantes foi baseada em provas testemunhais e materiais, incluindo depoimentos de policiais militares, apreensão de entorpecentes e dinheiro, além de laudos toxicológicos que atestam a materialidade do crime.

4. A incidência da Súmula 83/STJ se aplica ao caso, pois o entendimento do Tribunal de origem está em conformidade com a jurisprudência consolidada do STJ no que diz respeito à presença de elementos de prova suficientes para a condenação, considerando as apreensões e circunstâncias fáticas, bem como os depoimentos dos policiais, prestados em juízo.

5. A jurisprudência desta Corte indica que a quantidade de droga e a ausência de trabalho lícito, por si só, não afastam o direito à aplicação da minorante na fração máxima, nem impedem a fixação de regime prisional aberto ou a substituição da pena por restritiva de direitos.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante.

Contraminuta apresentada, em que a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal *a quo*, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da Súmula n. 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da Súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da Súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas

razões recursais (não incidência da Súmula 283 do STF).

Adiante, observo que os agravantes apontam como violados os arts. 386, VII, do CPP, bem como o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e os arts. 33, §2º, *b*, e 44, ambos do CP.

A análise das razões motivadas na origem – pleito de absolvição por ausência de prova suficiente para a condenação – indica que se encontram em linha com o entendimento desta Corte, a indicar a incidência da Súmula nº 83/STJ, conforme se verifica da fundamentação adotada (e-STJ fls. 415-419):

Todavia, a verdade é que os veementes indícios da responsabilidade cabente a Alison Adriel e a Douglas Daniel pelo narcotráfico decorrem sobretudo da dinâmica dos fatos e dos depoimentos dos policiais militares Fernando Henrique Nunes Pellegrinetti e Eduardo Rodrigo da Silva (fls. 02, 03 e mídia digital), do Boletim de Ocorrência (29/31), do Auto de Exibição e Apreensão (fls. 32/3), bem como dos laudos de constatação (fls. 37/9) e de exame químico-toxicológico [fls. 118/20: atestando que o narcótico apreendido consistia em **331 porções de cocaína (84,7g - massa líquida)**].

De fato, na fase extrajudicial o PM Fernando Henrique rememorou que na data dos acontecimentos “foi acionado via COPOM sobre a prática do tráfico de drogas por dois indivíduos em uma residência situada na Rua 02, n. 321, Jardim Araucária. Em patrulhamento pelo local ao acessar a rua 02 pela avenida 70 escutou uma mulher gritar 'balão' e olhando em direção a casa, hipótese em que avistaram dois indivíduos na residência, a qual é uma casa desocupada”. Disse que “abordaram os dois indivíduos, identificados como DOUGLAS DANIEL DA SILVA e ALISON ADRIEL DE NOVAES SILVA. **Durante a abordagem constataram que DOUGLAS dispensou três cargas de cocaína contendo 30 microcubos cada, totalizando 90 porções, bem como localizaram R\$320 em seu bolso e um telefone celular. Com ALISON encontrou mais dois pacotes contendo 61 microtubos no total e um telefone celular**”. Indagados “sobre a existência de mais drogas no local, ALISON indicou que no trilho de trem desativado, cerca de 50 metros de distância, em meio ao mato, havia mais drogas, sendo que em vistoria encontrou mais seis pacotes contendo 180 microtubos de cocaína”. Esclareceu que “o local é conhecido pela prática do tráfico e que os indiciados são conhecidos dos meios policiais. Nega que tenham agredido fisicamente os indiciados. Com relação a existência de um terceiro indivíduo, de fato abordaram mais uma pessoa na frente da residência, mas com ela nada de ilícito foi encontrado, por isso foi liberada, não tendo sido qualificada” (fls. 02). Sob o pálio do contraditório o testificante ratificou o depoimento precedentemente ofertado, confirmando que delações anônimas os levaram ao local (uma “casa invadida”); pressentida a aproximação uma mulher gritou “balão” e nesse momento os réus, que “estavam entrando” naquele imóvel (que tinha o portão “entreaberto”), “dispensaram” sacolas continentes de porções de cocaína. Em poder de Douglas Daniel também encontraram quantia em dinheiro (R\$ 320,00). Indagados, ambos confessaram a narcotraficância. Alison Adriel indicou o local onde ocultavam o remanescente (um “trilho de trem” que havia nas proximidades daquela casa - ali localizaram outras 180 porções do mesmo entorpecente). Informou que já os conhecia “de outras abordagens” (nessas outras ocasiões, contudo, nada de ilícito

localizaram com eles). Explicou ainda que “a pessoa que estava na frente da residência e que não foi qualificada, mencionada em suas declarações prestadas na fase policial, refere-se à vizinhança que começou a aparecer para visualizar a abordagem” (mídia digital).

[...]

Na espécie vertente é de se convir que os servidores públicos se mostraram muito seguros em seus relatos. Vale anotar que tais narrativas são absolutamente similares e harmônicas, reputando-se como corriqueiros pequenos desencontros eventualmente verificados (obs. do Relator: se os apelados foram abordados “entrando” ou quando já estavam no imóvel, por exemplo), tendo em vista o transcurso dos dias e a incapacidade humana de reter na memória, de forma fotográfica e coincidente, detalhes a propósito de fatos acontecidos há já algum tempo.

Como se vê, o Tribunal de origem corroborou a condenação dos agravantes considerando a apreensão de 331 porções (84,7g) de cocaína, bem como o contexto da apreensão, o valor em espécie e os depoimentos dos policiais.

No mesmo sentido, cite-se o seguinte precedente da Quinta Turma, cujo entendimento se assemelha ao adotado pelo acórdão recorrido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. ABORDAGEM POLICIAL. FUNDADAS RAZÕES. NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO NO IMÓVEL. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO QUE DEMANDA REEXAME DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. RECONHECIMENTO COMO USUÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA N. 630 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA -STJ. REINCIDÊNCIA. CONSIDERAÇÃO COMO AGRAVANTE E COMO IMPEDITIVO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 244 do Código de Processo Penal - CPP dispõe que "a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar".

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem concluiu que a fundada suspeita restou evidenciada porque os policiais realizaram prévio monitoramento no local e abordaram dois indivíduos, os quais informaram que haviam adquirido drogas do paciente. Desse modo, efetuaram a abordagem do paciente no momento em que ele deixou sua residência e encontraram um papelote de cocaína em seu bolso.

Nesse contexto, restou justificada a abordagem e busca pessoal, não se vislumbrando qualquer ilegalidade na atuação dos policiais, uma vez que amparada pelas circunstâncias do caso concreto.

3. O art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal - CF assegura a inviolabilidade do domicílio. No entanto, consoante disposição expressa do dispositivo constitucional, tal garantia não é absoluta,

admitindo relativização em caso de flagrante delito.

Acerca da interpretação que deve ser conferida à norma que excepciona a inviolabilidade do domicílio, o Supremo Tribunal Federal - STF, por ocasião do julgamento do RE n. 603.616/RO, assentou o entendimento de que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados".

4. Somente após o flagrante de tráfico de drogas em via pública é que os policiais decidiram ingressar na residência do paciente. Não há que se falar, portanto, em violação do art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal, pois, como visto, demonstradas fundadas razões para a busca domiciliar, não subsistindo os argumentos de ilegalidade da prova ou de desrespeito ao direito à inviolabilidade de domicílio.

5. Além disso, ante os elementos fáticos extraídos dos autos, para acolher a tese da defesa de nulidade por violação domiciliar, desconstituindo os fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias a respeito da existência de elementos previamente identificados que denotavam a prática de crime permanente no interior da residência, seria necessário o reexame de todo o conjunto probatório, providência vedada em habeas corpus, procedimento de cognição sumária e rito célere.

6. Em relação à tese de desclassificação da conduta, verifica-se que as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, que estavam presentes elementos de prova suficientes para a condenação, considerando as apreensões e circunstâncias fáticas, bem como o depoimento de usuário de drogas prestado em sede policial, que apontou o paciente como comerciante de entorpecentes, e os depoimentos dos policiais, prestados em juízo. Desse modo, inviável em sede de habeas corpus afastar a ocorrência de tráfico de drogas.

Com efeito, o habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição ou desclassificação da conduta do paciente em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

7. Nos termos da Súmula n. 630 desta Corte: "A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio" (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/4/2019, DJe 29/4/2019).

Considerando que o paciente confessou a posse da droga, porém declarou que seria para consumo pessoal, torna-se inviável a aplicação da atenuante.

8. Segundo entendimento jurisprudencial desta Corte, "não há bis in idem quando a reincidência é empregada como fundamento para a dosimetria da pena, a fixação do regime prisional e a análise da substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, porquanto tais institutos são regidos por regramentos distintos" (AgRg no AREsp n. 1.358.292/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe de 3/12/2018).

9. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 870.440/MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik,

Por fim, para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às pretensões apresentadas pela parte, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta Corte.

Por outro lado, as análises das razões suscitadas pela origem – aplicação da minorante do tráfico privilegiado na fração máxima, bem como a alteração do regime de cumprimento de pena – indicam desconformidade com o entendimento desta Corte, conforme se verifica da fundamentação adotada (e-STJ fls. 422-425):

No último instante do procedimento individualizatório cumpre consignar que a redução hoje admitida pelo § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas não se mostra viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade do agente. O propósito do legislador, certamente, não foi favorecer os traficantes de alto coturno.

[...]

No caso concreto, os acusados não comprovaram o exercício de ocupação lícita e, a despeito disso, foram detidos em local conhecido como polo de mercancia, na posse de significativa quantidade de estupefaciente altamente nocivo [331 porções de cocaína (84,7g - massa líquida)].

E não custa realçar que ambos estão respondendo a processos-crime versando delito idêntico ao aqui tratado (v. fls. 116 e 121) e que Douglas Daniel, quando inimputável, envolvera-se na prática de atos infracionais análogos ao crime de tráfico de estupefacientes (cf. fls. 123/4). Dificilmente escaparíamos da conclusão de serem eles traficantes convictos.

Destarte, embora os irrogados, segundo nossa ótica, não fizessem jus à causa de diminuição debatida, a decisão deve ficar adstrita às razões de apelo, tendo a Dr.^a Promotora de Justiça postulado a incidência do redutor na menor fração (v. fls. 258); assim, a que se estipula é a mínima, nos termos do que foi pleiteado - não mais do que isso.

De conseguinte, na terceira fase de apenação resta aplicado o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos na fração de 1/6 (um sexto): penas definitivas de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, com pecuniária de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no piso.

Sob outro giro, conquanto tenha o órgão ministerial requerido “a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com regime inicial aberto para Alison e semiaberto para Douglas” (fls. 258), destaca-se que o montante apenatório ora fixado impede, por si só, a transmutação da carcerária em restritivas de direitos.

No mais, à vista do quantum agora estabelecido, estipula-se o regime prisional semiaberto para o resgate da corporal, considerando a primariedade dos sentenciados e o fato de ter sido concedido o privilégio.

Conforme se observa, a Corte local fundamentou a modulação da minorante do tráfico privilegiado na fração de 1/6, ao argumento de tratar-se de infração indicativa de alta periculosidade dos agentes, além de não terem os agravantes comprovado o exercício de ocupação lícita e de terem sido detidos em local conhecido como polo de mercancia, na posse de significativa quantidade de estupefaciente altamente nocivo.

Ademais, o Tribunal *a quo* afastou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos diante do *quantum* da pena aplicada.

Há, contudo, divergência do que se vem entendendo no STJ, conforme se afere do seguinte precedente da Quinta Turma:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO MÁXIMA E FIXOU O REGIME INICIAL ABERTO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS BASEADA EXCLUSIVAMENTE NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO E NA AUSÊNCIA DE OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. REGIME PRISIONAL. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA PARA O RECRUDESCIMENTO. PACIENTE PRIMÁRIO, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E CONDENADO A PENA QUE NÃO EXCEDE 4 ANOS DE RECLUSÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do tráfico privilegiado na fração máxima de 2/3 e alterar o regime prisional para inicial aberto.

2. A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não requer o reexame probatórios. Note-se que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, mas valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias.

3. Esta Corte vem se manifestando no sentido de que isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado (AgRg no REsp n. 1.687.969/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/3/2018).

4. De igual modo, a ausência de comprovação de exercício de trabalho ou emprego lícito não gera presunção de dedicação do paciente ao tráfico de drogas. Precedentes.

5. Hipótese em que o paciente é primário, as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, e a condenação não excede 4 anos de reclusão, razão pela qual faz jus ao regime aberto.

6. Agravo regimental não provido.

Assim, deve-se reconhecer a ilegalidade do acórdão quanto ao ponto, em razão da fundamentação inidônea.

Passo a redimensionar a pena dos agravantes.

Fica mantida a pena-base em 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, a qual permanece na fase intermediária diante do reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, nos termos da Súmula 231/STJ. Na terceira fase, aplicando-se a fração de 2/3 do tráfico privilegiado, fixa-se a pena definitiva em 1 ano e 8 meses, mais 166 dias-multa.

Ante o exposto, **conheço** do agravo para **dar parcial provimento** ao recurso especial para redimensionar as penas dos agravantes para 1 ano e 8 meses, mais 166 dias-multa, em regime prisional aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o voto.