



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2387186 - SP (2023/0205802-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : CLEITON GOMES DA SILVA
ADVOGADOS : GUILHERME SANTOS VIDOTTO - SP375667
DIEGO ALVES MOREIRA DA SILVA - SP376599
EDUARDO DE CAMPOS MARCANDAL - SP384391
WILSON ROBERTO INFANTE JUNIOR - SP320501
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE DE JUSTIÇA. MINUTA DE AGRAVO QUE NÃO INFIRMOU OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE INADMISSÃO DO APELO NOBRE. SÚMULA N. 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. NEGATIVA DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CABÍVEL O REDUTOR NO PATAMAR MÁXIMO, O REGÍME INICIAL ABERTO E A SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. Não houve impugnação dos fundamentos declinados pela Corte de origem para inadmitir o recurso especial. Incidência da Súmula n. 182/STJ mantida.

2. Verificada a existência de ilegalidade evidente, apta a ser corrigida por meio da concessão de *habeas corpus*, de ofício.

3. Na espécie, não foram declinadas justificativas concretas e consistentes para a negativa de incidência da minorante do tráfico privilegiado.

4. Considerando a quantidade de entorpecente apreendida, a inexistência de circunstâncias judiciais negativas, a primariedade do Réu, bem como o *quantum* de pena corporal imposta, cabíveis a fixação do regime inicial aberto e a substituição da sanção corporal por reprimendas restritivas de direitos.

5. Agravo regimental desprovido. Concessão de ordem de *habeas corpus*, de ofício para: **a)** reconhecer o redutor da pena; **b)** fixar o regime aberto e **c)** determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por CLEITON GOMES DA SILVA contra decisão da Presidência do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do agravo por força do óbice da Súmula n. 182/STJ (fls. 437-438).

Nas razões do regimental, a Defesa assevera, em suma, ter sim impugnado todos os fundamentos da decisão de inadmissão do apelo nobre (fls. 443-449).

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do regimental

pelo colegiado (fl. 449).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovisionamento do regimental (fls. 461-464).

É o relatório.

VOTO

Consta nos autos que o Agravante foi condenado a 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e a 600 (seiscentos) dias-multa (fls. 221-222), pelo crime de tráfico de drogas, caracterizado pela apreensão de **1,48g (um grama e quarenta e oito centigramas) de cocaína e R\$ 529,00 (quinhentos e vinte e nove reais)** (fl. 216).

A Corte de justiça de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para decotar a agravante do art. 61, inciso II, alínea *j*, do Código Penal, readequando as penas aos montantes de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa (fl. 360).

Nas razões do apelo nobre, a Defesa alega ilicitude das provas colhidas, pois a revista pessoal se deu sob suspeição genérica (fls. 384-386); pugna pelo reconhecimento do redutor da pena, porquanto não há fundamentação concreta para justificar seu indeferimento e que seja fixado no máximo legal (fls. 387-388); pleiteia a remessa dos autos ao Ministério Público para que seja proposto acordo de não persecução penal (fl. 388); e requer a fixação de regime mais brando, tendo em vista que o fechado foi imposto com apoio em fundamentação inidônea e que seja substituída a pena corporal por restritivas de direitos (fls. 389-391).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 395-407). O recurso especial não foi admitido (fls. 412-413). Foi interposto agravo (fls. 416-423).

Por meio da decisão de fls. 437-438, a Presidente desta Corte não conheceu do agravo em recurso especial.

Daí a interposição do presente agravo regimental pela Defesa (fls. 442-451).

Feito esse breve esboço histórico, passo ao exame da controvérsia.

A Corte local deixou de admitir o apelo nobre em razão da incidência dos óbices das Súmulas n. 7 e 182/STJ (fls. 412-413).

Nas razões do agravo em recurso especial, tal como asseverado pela decisão ora agravada, a Defesa não traçou uma linha sequer para o fim de impugnar os referidos, tendo se limitado a repisar as alegações de fundo (fls. 419-422).

Incide, portanto, o óbice do Enunciado n. 182 da Súmula desta Corte Superior, que dispõe: "*É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada*".

Nesse entendimento: "*É ônus do agravante impugnar as causas específicas de inadmissão do recurso especial, sob pena de incidência da Súmula n. 182 do STJ*" (AgRg no AREsp 743.772/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 22/08/2018).

Vislumbro, no caso, a existência de ilegalidade evidente, apta a ser corrigida por meio da concessão de ordem de *habeas corpus*, de ofício.

Com efeito, o redutor da pena foi negado ao Agravante com apoio em fundamentação inidônea. É o que se extrai destes transcritos (fls. 362, grifei):

"Por fim, na terceira fase, não há que se falar em causa de aumento ou diminuição, uma vez que o réu, embora tecnicamente primário, teve apreendido consigo a quantia de quinhentos e vinte e nove reais, demonstrando a sua dedicação a atividades criminosas, por evidenciar que já havia vendido muitos entorpecentes, não preenchendo, dessa forma, os requisitos previstos no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/06, fixando-se a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa."

Como se vê, a Corte de justiça local inferiu a dedicação do Agravante a atividades criminosas em razão da quantidade de dinheiro com ele apreendida, concluindo, pelo seu montante, a venda de muitos entorpecentes.

Ao decidir nesses termos, o Tribunal de Justiça de origem não declinou motivos concretos e consistentes para justificar a não concessão do redutor da pena.

A título de exemplificação:

"[...]

6. O Tribunal de origem afastou o privilégio mediante fundamentação inidônea: além da quantidade de droga apreendida, elemento reconhecidamente insuficiente para justificar, por si só, a negativa da benesse, foram apontadas as circunstâncias da apreensão, na medida em que o Acusado fora flagrado tentando arremessar drogas para o interior de estabelecimento prisional.

[...]

9. Agravo regimental não conhecido. Concedido habeas corpus, de ofício, em favor do ora Agravante, a fim de: (i) fixar a sua pena-base no mínimo legal; (ii) afastar a incidência da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea j, do Código Penal; (iii) aplicar o redutor especial na fração máxima de 2/3 (dois terços), redimensionando as suas penas finais nos moldes deste voto; e, por conseguinte, (iv) fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais." (AgRg no AREsp n. 2.377.692/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023, grifei.)

E, não obstante sua natureza, a quantidade de cocaína apreendida, — 1,48g (um grama e quarenta e oito centigramas de cocaína —, (fl. 216) **permite a concessão da benesse legal na fração de 2/3** (dois terços).

A propósito:

"[...]

1. Não obstante a natureza das drogas, a quantidade de 38,66 gramas de cocaína e 153,80 gramas de maconha não se mostra relevante, o que, conforme a jurisprudência desta Corte Superior, não é suficiente para demonstrar maior reprovabilidade da conduta, não justificando a exasperação da pena-base.

2. A causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 também foi afastada em razão da quantidade e variedade de drogas, o que, somada à ausência de circunstâncias adicionais desfavoráveis, como a inserção em grupo

criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, entre outras, não justifica o afastamento do benefício do tráfico privilegiado, o qual deve ser aplicado no patamar de 2/3.

3. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no HC n. 779.480/SP, relator Ministro JESUÍNO RISSATO (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 1/6/2023, grifei.)

"[...]

2. *A Terceira Seção, na decisão proferida nos autos do HC n. 725.534/SP, de minha relatoria, julgado em 27/4/2022, DJe 1º/6/2022, reafirmou seu posicionamento anterior, conforme estabelecido no ARE 666.334/AM, do Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido consideradas na primeira fase do cálculo da pena.*

3. *No caso, levando em conta a primariedade do agravante, seus bons antecedentes, a ausência de elementos concretos que indiquem a dedicação à criminalidade ou íntegra organização criminosa, entende-se que o fato de ter a posse de 45,3g de maconha, 17,5g de cocaína e 6,3g de crack, não é justificativa idônea para aplicá-la em patamar diverso de 2/3 (dois terços).*

[...]

5. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no HC n. 795.815/SC, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 22/5/2023, grifei.)

Passo, assim, ao redimensionamento das penas aplicadas ao Agravante.

Na primeira fase, mantenho a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa (fl. 362).

Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes, as penas ficam mantidas em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa (fl. 362).

Na terceira fase, pelas razões acima expostas, reduzo a pena em 2/3 (dois terços), chegando, assim, ao **montante final de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa.**

Considerando o *quantum* de pena estabelecido para o Agravante – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão – e o fato de ser primário, além da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do **regime inicial aberto**, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Sobre o tema, confira-se:

"[...]

5. *Em razão da ausência de circunstâncias judiciais demeritórias, o regime prisional a ser fixado é o inicial aberto, pois as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º, do Código Penal, dispõem, respectivamente, que 'o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto' e que 'a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código'.*

6. *No caso de réu 'primário, com pena-base fixada no mínimo, a apreensão de quantidade não considerável de entorpecentes não constitui elemento apto a*

justificar a imposição do regime prisional mais severo ou o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos' (STJ, AgRg no HC 429.786/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018).

7. *Ordem de habeas corpus concedida para reduzir o quantum de pena para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, além de restabelecer os efeitos da sentença quanto à fixação do regime inicial aberto e a substituição da reprimenda corporal por sanções restritivas de direitos.*" (HC 665.401/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2021, DJe 16/06/2021, grifei.)

Por fim, quanto à substituição da pena corporal por restritivas, fixada aquém de quatro anos de reclusão, sendo o Réu primário, portador de bons antecedentes, com todas as circunstâncias judiciais consideradas favoráveis, além de não haver qualquer informação acerca do tráfico de elevada quantidade de droga; **a pena corporal deve ser convertida em restritivas de direitos.**

A propósito:

"[...]

1. *Uma vez que o réu foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, teve a pena-base fixada no mínimo legal, era tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, foi apreendido com quantidade de drogas não tão elevada e foi agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devida a imposição do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

2. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no HC 479.019/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 29/08/2019, grifei.)

"[...]

2. *Nesse contexto, estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º, do Código Penal.*

3. *Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e favorabilidade das circunstâncias do art. 59 do CP), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da execução.*

4. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no HC 476.367/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 20/05/2019, grifei.)

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo regimental. Concedo a ordem de *habeas corpus*, de ofício, para: **a)** reconhecer o redutor da pena; **b)** fixar o regime inicial aberto e **c)** determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É como voto.