



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1882353 - SC (2021/0136550-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : MATHEUS GABRIEL RAMOS DE ASSIS
ADVOGADOS : GUILHERME SILVA ARAUJO - SC040470
 PEDRO HENRIQUE MONTEIRO - SC005010
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto por MATAHEUS GABRIEL RAMOS DE ASSIS contra decisão monocrática da lavra do Ministro Presidente desta Corte, que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial ante o óbice da Súmula n. 7/STJ.

A defesa alega que "não há que falar em existência de óbice à súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça, uma vez as impugnações realizadas no AREsp, consequentemente no recurso especial, foram apresentadas sob uma perspectiva lógico-jurídica e não fática conforme a jurisprudência pátria." (e-STJ fl. 585)

É o relatório. **Decido.**

Compulsando-se os autos, verifica-se que procede a argumentação trazida no agravo regimental. Passa-se, então, ao reexame do recurso especial.

Os elementos existentes nos autos informam que o recorrente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto, pelo cometimento do crime do art. 33, *caput*, c/c 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/06.

A defesa aponta a violação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas alegando que os registros de atos infracionais cometidos pelo recorrente não podem ser utilizados para negar o referido redutor. Sobre o tema, o TJSC assim se pronunciou:

Com efeito, há nos autos registros de envolvimento do apelante Matheus enquanto adolescente em atos infracionais, com aplicação de medidas Sócio-Educativas (Evento 6 e 7), o que por si tornaria impossível a aplicação da requerida benesse, porquanto comprovada a sua dedicação a atividades criminosas. (e-STJ fl. 494)

Com razão a defesa, isso porque esta Corte em recente decisão entendeu que

apesar de a medida socioeducativa, impositiva e preponderantemente pedagógica, possuir certa carga punitiva, certo é que não configura pena e, portanto, não induz reincidência nem maus antecedentes. Nessa medida, é incompatível considerar o registro de anterior ato infracional, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas, como elemento caracterizador da dedicação do agente a atividades delituosas, obstando a minorante, equiparando a conduta a crime hediondo e recrudescendo a execução penal (*ut*, REsp 1916596/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, DJe 04/05/2021).

Ainda que assim não fosse, a pequena quantidade de drogas apreendidas (10,20 gramas de cocaína e 34.90 gramas de maconha) autoriza a aplicação do redutor do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima de 2/3 (dois terços). A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE NÃO ELEVADA DE ENTORPECENTE. APLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A quantidade e a natureza do entorpecente, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação do agente à atividade criminosa. Contudo, na espécie, a quantidade de droga apreendida - 13,2g (treze gramas e dois decigramas) de cocaína - não se mostra suficiente para se concluir pela dedicação do agravado à atividade criminosa, razão pela qual deve ser aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 655.593/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, DJe 30/04/2021)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. PACIENTE CAPTURADO COM 9,6 G DE COCAÍNA. OUTRO CONDENADO CAPTURADO COM 67,8 G DE MACONHA. COPROPRIEDADE DOS ENTORPECENTES QUE NÃO RESTOU DEMONSTRADA. TRÁFICO PRIVILEGIADO RECONHECIDO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRIMARIEDADE RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO, HABEAS CORPUS CONCEDIDO COM EXTENSÃO DOS EFEITOS AO OUTRO ACUSADO NA MESMA SITUAÇÃO.

1. Compulsando-se os autos, de fato, em que pese o Agravante e o corréu estarem juntos no momento da prisão em flagrante, não restou afirmada pelas

instâncias ordinárias a copropriedade dos entorpecentes, sendo que com o agravante foram apreendidas 9,6 g de cocaína e com o corrêu, 67,8 g de maconha.

2. Não se verifica a existência de elemento no idôneo nos autos que demonstre que o paciente ou o corrêu dediquem-se à atividade criminosa.

3. Tratando-se de paciente primário, sem antecedentes, não tendo sido provada a dedicação à atividade criminosa e de pequena monta a quantidade de entorpecente apreendida (9,61 g de cocaína), de rigor a concessão da ordem habeas corpus para restabelecer a sentença de primeiro grau no ponto em que reconheceu a aplicação do art. 33, §4º da Lei n. 11.343/06, contudo, elevando o patamar de redução da pena a seu grau máximo.

4. A situação do corrêu Mateus, afastada a variedade do entorpecente apreendido, e diante da posse isolada de 67,8 g de maconha, aliada à primariedade e a ausência de demonstração de que se dedique a atividade criminosa, justifica a extensão da ordem de habeas corpus, reconhecendo a incidência da minorante em seu grau máximo.

5. Anderson e Mateus foram condenados à pena de 5 anos de reclusão, a redução da pena aplicada no patamar de 2/3, leva a uma pena definitiva de 1 ano e 8 meses de reclusão, fixado o regime aberto, nos termos do art. 33, do Código Penal - CP. A pena de multa deve ser reduzida na mesma proporção, sendo fixada em 180 dias-multa, na fração mínima.

6. Agravo regimental provido com extensão dos efeitos ao corrêu. (AgRg nos EDcl no HC 529.619/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 01/07/2020)

Nesse contexto, é necessária a realização de novo cálculo dosimétrico.

Mantidos os parâmetros utilizados na origem e aplicando o redutor do § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em sua fração máxima de 2/3, fica a pena do recorrente estabelecida em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão.

O regime prisional adequado à espécie é o aberto, tendo em conta o *quantum* da pena, a primariedade do agente e a pequena quantidade do entorpecente apreendido. Confira-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. *Estabelecida a pena em 1 ano e 8 meses, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, o regime aberto é o adequado à prevenção e reprovação do delito, nos termos do art. 33, §§ 2º, 'c', e 3º, do Código Penal, sobretudo quando não expressiva a quantidade de drogas apreendidas (3,560g de cocaína e 1,200g de maconha).*

2. *Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

3. *Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 515.391/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 30/09/2019)*

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL ABERTO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Estabelecida a sanção em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e favoráveis as circunstâncias judiciais, a pequena quantidade das drogas apreendidas é fator que justifica o estabelecimento do modo aberto para o cumprimento inicial da pena. Precedentes.*

2. *Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 547.919/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 23/03/2020)*

Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, reconsidero a decisão de e-STJ fls. 575/580 e **conheço** do agravo para dar provimento ao recurso especial para fixar a pena do recorrente em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, com a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução.

Intimem-se.

Brasília, 01 de julho de 2021.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator