

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.586.860 - MG (2019/0282757-9)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : RAYAN RICHARD NASCIMENTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **RAYAN RICHARD NASCIMENTO** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, violação dos artigos 33, § 4º, e 42, ambos da Lei 11.343/06.

Requer a fixação do patamar da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, em 2/3, ao argumento de que a quantidade de droga apreendida – 218,40 gramas de maconha -, não justificam a redução da pena na fração mínima de 1/6.

Apresentada as contrarrazões (e-STJ, fls. 258-260).

O recurso não foi admitido com fundamento na incidência da Súmula 7 do STJ (e-STJ, fls. 262-264). Daí este agravo (e-STJ, fls. 267-270).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do agravo (e-STJ, fls. 288-290).

É o relatório.

Decido.

O recurso merece prosperar.

O Tribunal de origem manteve a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar de 1/6, nos seguintes termos:

“Na terceira fase, presente a causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da legislação de regência, o d. magistrado aplicou a menor fração prevista (1/6), o que é objeto do recurso defensivo.

Entendeu o n. julgador que a elevada quantidade de o entorpecentes, 218,4g (duzentos e dezoito gramas e quarenta centigramas) de maconha, dividida em 80 (oitenta) porções, justificaria a diminuição em menor grau.

A meu aviso, agiu corretamente o magistrado, uma vez que a quantidade e natureza do entorpecente são critérios balizadores da fração de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 e, neste passo, é inegável que o caso dos autos cuida-se de apreensão de elevada quantidade de maconha.

A circunstância de ser o réu primário não modifica esse entendimento, razão pela qual mantenho a fração de diminuição em 1/6 (um sexto) para a mencionada causa de diminuição.

Assim, mantenho a pena corporal em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão” (e-STJ, fls. 240-241).

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados

pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

No caso, observa-se que o Tribunal de origem, em conformidade com o entendimento das Cortes Superiores, estabeleceu o patamar de diminuição da pena em 1/6 pela aplicação da minorante em apreço, tendo como fundamento a quantidade da droga apreendida.

Entretanto, à míngua de elementos probatórios que denotem a habitualidade do agravante na prática delitiva ou ser ele integrante de organização criminosa, bem como certificada sua primariedade e bons antecedentes, tenho como adequada a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, atento aos vetores do art. 42 da referida lei.

Nesse sentido:

"[...]

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. O fato de o paciente não ter comprovado ocupação lícita, por si só, não constitui elemento suficiente para afastar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

5. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente e considerando sua primariedade, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em 1/2, diante da aferição desfavorável da quantidade de drogas (78,293 *crack*). Precedentes.

6. Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos e sendo

desfavoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP.

7. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da natureza das drogas apreendidas (art. 44, III, do CP).

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em 1/2, redimensionando a sanção do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 250 dias-multa."

(HC 433.490/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/3/2018, DJe 2/4/2018).

"[...]

I - A quantidade e variedade de drogas apreendidas com o agravado, por si só, não se revela apta a evidenciar que ele se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa. Ademais, não foram declinadas as circunstâncias do caso concreto que corroborariam tal conclusão. Assim, tendo em vista que o agravado é primário, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Entretanto, em consonância com o art. 42 da nova Lei de Tóxicos, utilizo a quantidade e variedade de droga apreendida como parâmetro, diminuindo a pena aplicada em 1/2 (metade).

II - Ademais, a pena do agravado foi fixada abaixo de quatro anos. Não obstante, não se pode olvidar que a quantidade e variedade de entorpecentes foi considerada na terceira fase da dosimetria, modulando-se a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Sendo desfavorável tal circunstância, impede a fixação do regime menos gravoso unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao agravado, devendo, contudo, ser mantido o regime intermediário para o início de cumprimento da pena, qual seja, o semiaberto.

Agravo regimental do Ministério Público Federal não provido."

(AgRg no AREsp 1020105/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 30/10/2017).

Passo, assim, à readequação da pena.

A pena-base foi estabelecida em 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa. Na segunda fase, inobstante o reconhecimento da atenuante da menoridade, a reprimenda manteve-se inalterada, conforme preceitua o teor da Súmula 231/STJ. Na última fase, diminuo-a em 1/2, pela aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fixando-a em 2 anos e 6 meses de reclusão mais o pagamento de 250 dias-multa. Por fim, mantenho a majoração em 1/6 em razão da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei 11.343/06, tornando-a definitiva em **2 anos e 11 meses de reclusão mais o pagamento de 291 dias-multa.**

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, "c" do RISTJ, **conheço** do agravo, para **dar parcial provimento ao recurso especial**, a fim de restabelecer a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, redimensionando a pena do recorrente para 2 anos e 11 meses de reclusão, mais pagamento de 291 dias-multa.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator