



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2344238 - SP (2023/0132508-3)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : JONAS CARDOSO SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FERNANDA CUKIER DOS SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO - RJ147350
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra acórdão que afastou a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, fundamentando-se na quantidade e diversidade das drogas apreendidas (248g de maconha, 32g de crack e 53g de cocaína), fixando a pena em regime fechado. O recurso especial pretende a aplicação da referida minorante e a reavaliação do regime inicial de cumprimento da pena.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se a quantidade e diversidade de drogas apreendidas são suficientes para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado; (ii) estabelecer se é cabível a fixação de regime inicial menos gravoso para o cumprimento da pena, considerando a redução da reprimenda.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que a quantidade e diversidade de drogas, por si sós, não são suficientes para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, devendo ser demonstrada a dedicação a atividades criminosas ou integração a organização criminosa.

4. A redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas é possível desde que o agente seja primário, tenha bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas. No caso, a quantidade e variedade de drogas justificam a modulação da redução em fração menor, mas não seu

afastamento.

5. A fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve observar o *quantum* da pena imposta e as circunstâncias do caso concreto, sendo cabível o regime semiaberto quando a pena é inferior a 4 anos e as circunstâncias judiciais são favoráveis, conforme previsto no art. 33, § 2º, do Código Penal.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é incabível quando a gravidade concreta da conduta, evidenciada pela quantidade e diversidade de drogas, desaconselha a medida, em conformidade com o art. 44 do Código Penal.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL PARA REDIMENSIONAR A PENA DO AGRAVANTE PARA 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO E 250 DIAS-MULTA, BEM COMO PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, 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: 2023/0132508-3

AREsp 2.344.238 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00118989820148260590 0011898982014826059011182014 11182014
118989820148260590 11898982014826059011182014 20210000082540

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 : JONAS CARDOSO SILVA
ADVOGADOS : FERNANDA CUKIER DOS SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO -
RJ147350
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
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, deu parcial provimento ao recurso, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2344238 - SP (2023/0132508-3)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : JONAS CARDOSO SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FERNANDA CUKIER DOS SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO - RJ147350
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra acórdão que afastou a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, fundamentando-se na quantidade e diversidade das drogas apreendidas (248g de maconha, 32g de crack e 53g de cocaína), fixando a pena em regime fechado. O recurso especial pretende a aplicação da referida minorante e a reavaliação do regime inicial de cumprimento da pena.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se a quantidade e diversidade de drogas apreendidas são suficientes para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado; (ii) estabelecer se é cabível a fixação de regime inicial menos gravoso para o cumprimento da pena, considerando a redução da reprimenda.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que a quantidade e diversidade de drogas, por si sós, não são suficientes para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, devendo ser demonstrada a dedicação a atividades criminosas ou integração a organização criminosa.

4. A redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas é possível desde que o agente seja primário, tenha bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas. No caso, a quantidade e variedade de drogas justificam a modulação da redução em fração menor, mas não seu

afastamento.

5. A fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve observar o *quantum* da pena imposta e as circunstâncias do caso concreto, sendo cabível o regime semiaberto quando a pena é inferior a 4 anos e as circunstâncias judiciais são favoráveis, conforme previsto no art. 33, § 2º, do Código Penal.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é incabível quando a gravidade concreta da conduta, evidenciada pela quantidade e diversidade de drogas, desaconselha a medida, em conformidade com o art. 44 do Código Penal.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL PARA REDIMENSIONAR A PENA DO AGRAVANTE PARA 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO E 250 DIAS-MULTA, BEM COMO PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA.

RELATÓRIO

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

Contraminuta apresentada, onde a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu não provimento.

O parecer do MPF é pelo provimento do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, prover o recurso especial para fixar o regime semiaberto (fls. 355-358).

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 a parte recorrente aponta como violados os seguintes dispositivos arts. 33 do CP, diante da inidoneidade dos fundamentos para fixar o regime fechado, e 33, § 4º, da Lei de Drogas, diante da satisfação dos requisitos legais para a incidência da minorante, tanto que o magistrado de piso a deferiu.

A análise das razões suscitadas pela origem indica desconformidade com o entendimento desta Corte no que se refere à minorante do tráfico privilegiado, conforme se verifica da fundamentação adotada (fls. 267-275-grifei):

Passa-se à análise da dosimetria.

Em atenção às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei 11.343/06, verifica-se que, apesar de considerável quantidade de entorpecentes, esta não justifica a majoração da pena-base, pelo que resta mantida no mínimo legal, ou seja, cinco anos de reclusão e pagamento de quinhentos dias-multa, no patamar mínimo.

Na segunda fase da dosimetria, reconhecida a atenuante da menoridade relativa, entretanto a reprimenda permanecerá no mínimo, a teor da Súmula 231 do E. Superior Tribunal de Justiça. Apesar da fundamentação trazida pelo Juízo sentenciante, incabível a redução aquém do mínimo legal, conforme entendimento sumulado e pacificado do Superior Tribunal de Justiça.

Vide nesse sentido:

[...]

A incidência da diminuição da pena do artigo 33, parágrafo quarto da Lei de Drogas, fica afastada, uma vez que tal benefício se destina ao agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Com efeito, embora primário e não registre antecedentes, o apelante demonstrou comportamento voltado ao delito, envolvimento habitual com o narcotráfico e que se utilizava dele dele como meio de vida, como restou demonstrado através da grande quantidade e variedade de droga que guardava, capaz de disseminar o vício em larga escala, não reunindo mérito para o benefício.

Quanto ao regime, reconhecida a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, é possível a fixação de regime prisional distinto do fechado para o início do cumprimento de pena imposta ao condenado por tráfico de drogas, devendo ser analisado não só o "quantum" da pena fixada, a natureza ou a quantidade da droga, além do artigo 59, como determina o artigo 33, parágrafo terceiro, ambos do Diploma Substantivo Penal.

[...]

No caso em tela, não só a diversidade e quantidade de droga, como a gravidade concreta das circunstâncias em que se apresentou o tráfico de entorpecentes praticados, exigem maior rigor Estatal.

Destarte, fixado o desconto da reprimenda corporal em regime fechado, posto que os demais desatendem o binômio da reprovabilidade da conduta e suficiência das sanções impostas e por ser o único apto a atingir a função preventiva da pena de inibir a prática de novas ações delituosas, em conformidade com o artigo 33, parágrafo terceiro do Código Penal.

Nos mesmos moldes, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça.

Apesar de reconhecida a inconstitucionalidade da vedação prevista na parte final do parágrafo quarto do artigo 33 da Lei de Drogas, para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, se faz necessário preencher os requisitos do artigo 44 do Código Penal, o que dão ocorreu nos presentes autos.

Não só por conta da quantidade de pena aplicada, mas deve-se considerar os efeitos deveras nocivos em cascata provocados pela narcotraficância à sociedade, o que já revela total descaso do apelante para com as instituições públicas, principalmente à saúde. Portanto, afronta aos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal.

Da análise do excerto colacionado, verifico que a Corte de origem invocou fundamentos que destoam do entendimento deste Tribunal no que se refere à incidência da minorante do tráfico privilegiado, afastada com base apenas na quantidade e diversidade de droga apreendida, que tratou-se de 248g de maconha, 32g de crack e 53g de cocaína (e-STJ fl. 264).

Quanto ao tema, confirmam-se:

PENAL . AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS INSUFICIENTE PARA AFASTAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. De acordo com o § 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.

2. Em relação à quantidade de drogas apreendidas, cediço que a jurisprudência desta Corte entende que este elemento, por si só, não é suficiente ao afastamento da minorante. Nesse contexto: REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021.

3. A mera menção a elementos inerentes ao crime de tráfico equivale à

ilação, não sendo suficiente ao afastamento da causa de diminuição, uma vez que não demonstrada, de modo concreto e comprovado nos autos, a dedicação do agravado a atividades criminosas.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 938.330/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/10/2024, DJe de 16/10/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGA. CRITÉRIO DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE OBSERVADAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVOLVIMENTO DAS PROVAS. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "A jurisprudência do STJ não impõe ao magistrado a adoção de uma fração específica, aplicável a todos os casos, a ser utilizada na valoração negativa das vetoriais previstas no art. 59 do CP" (AgRg no AREsp n. 2.045.906/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/3/2023, DJe de 30/3/2023).

2. Com efeito, não há um critério matemático para a escolha das frações de aumento em função da negatização dos vetores contidos no art. 59 do Código Penal. Ao contrário, é garantida a discricionariedade do julgador para a fixação da pena-base, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, o que se verifica na espécie.

3. De acordo com o disposto no 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, cumulativamente, primário e portador de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. Na espécie, a suscitada minorante foi afastada mediante fundamentação idônea, baseada não só na elevada quantidade de entorpecente mas também, no contexto circunstancial analisado pelos magistrados com apoio no suporte fático-probatório dos autos. Nesse contexto, para que fosse possível o acolhimento da pretensão recursal, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, providência incompatível com a via eleita, conforme o disposto na Súmula n. 7/STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.626.517/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 17/9/2024, DJe de 9/10/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 7 ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME FECHADO. NEGADO O DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA. ALEGAÇÃO DE ACRÉSCIMO DE FUNDAMENTAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PACIENTE QUE RESPONDEU PRESO AO PROCESSO. REGIME FECHADO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA.

MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. INAPLICABILIDADE AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida.

2. Em relação à alegação de acréscimo de fundamentação, na hipótese, verifica-se que o Magistrado de primeira instância manteve a prisão com base em fundamentação concreta, mencionando o regime fechado e o grau de certeza acerca da materialidade e autoria do delito por ocasião da prolação da sentença (e-STJ fl. 15). Por sua vez, entendo que o Tribunal estadual especificou as circunstâncias já expostas pelo juiz primevo que, em princípio, justificam a prisão preventiva, sem que tenha havido acréscimo de fundamentação em habeas corpus, técnica rechaçada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Não há se falar, assim, em nulidade da decisão que manteve a preventiva.

3. Tanto na sentença, quanto no acórdão recorrido, destacou-se a necessidade da medida extrema, para fins de garantia da ordem pública, tendo em vista a manutenção dos motivos ensejadores da prisão preventiva, tais quais a gravidade em concreto da conduta, consubstanciada na grande quantidade de droga apreendida, eis que o paciente foi condenado por manter em depósito, em um fundo falso de um caminhão com placas paraguaias, 142,8 quilos de crack, bem como um revólver e munições de calibre .38 (e-STJ fl. 70), além do regime fechado fixado na sentença, e em virtude de o paciente ter permanecido preso durante todo o processo (e-STJ fl. 70), motivações consideradas idôneas para justificar a manutenção da prisão cautelar, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

4. A presença de condições pessoais favoráveis não tem o condão de, por si só, garantir a liberdade ao acusado, quando há, nos autos, elementos hábeis que autorizam a manutenção da medida extrema nos termos do art. 312 do CPP.

5. Tem-se por inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a gravidade concreta da conduta delituosa e a periculosidade do agente indicam que a ordem pública não estaria acautelada com sua soltura.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RHC n. 199.628/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/9/2024, DJe de 18/9/2024.)

Porém, "A simples presença dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não gera direito à aplicação da fração máxima da minorante, que pode ser modulada dentro dos parâmetros mínimo e máximo previstos, desde que haja fundamentação idônea. Nessa modulação, é possível a utilização da quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido avaliadas em outra etapa da dosimetria, para que não haja *bis in idem*" (AgRg no REsp 1.628.219/AM, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe de 31/8/2017). A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS SOPESADAS NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MODULAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO EM 1/2. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso, encontra-se justificada a redução de 1/2 da pena por incidência da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, não se constatando ilegalidade na dosimetria então fixada, tendo em vista a quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas.

Destaque-se que a quantidade droga apreendida não foi utilizada na primeira fase da dosimetria.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 900.617/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 2/9/2024, DJe de 5/9/2024.)

Assim, passo a redimensionar a pena aplicada, porém aplico a minorante do tráfico privilegiado na fração 1/2 diante da quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas (248g de maconha, 32g de crack e 53g de cocaína).

Na primeira fase, a pena-base foi fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão, além de 500 dias-multa. Na segunda etapa, permanece inalterada, na forma da Súmula 231/STJ. Por fim, na terceira etapa, aplico a minorante do tráfico privilegiado em seu patamar de 1/2, haja vista a quantidade, diversidade e natureza da droga apreendida (248g de maconha, 32g de crack e 53g de cocaína), perfazendo a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

Em razão do novo *quantum* da pena e, considerando a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como a diversidade e quantidade de drogas apreendidas, fixo o regime semiaberto para o cumprimento e nego a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, §º2 e 44, ambos do CP. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO APLICADA NA FRAÇÃO DE 1/2. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. NOVO CÁLCULO DOSIMÉTRICO OPERADO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA PERPETRADA CONSUBSTANCIADA NA NATUREZA E EXPRESSIVA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. PRECEDENTES. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.

2. O fundamento utilizado pela Corte de origem para denegar o reconhecimento do tráfico privilegiado ao paciente foi a presunção de que ele tem envolvimento com atividades criminosas em razão da quantidade de entorpecente apreendido - 127 porções de cocaína, pesando cerca de 359g (e-STJ, fls. 273 e 66) -, associado ao fato de ele haver sido surpreendido em ponto de venda de drogas e de não haver comprovado o exercício de atividade lícita; de modo que tais circunstâncias não seriam compatíveis com o escopo de comercialização eventual; sem haver a demonstração incontestes, por meio de outros elementos de provas, de que ele se dedicava à atividade criminosa de maneira habitual ou que integrasse uma organização criminosa.

3. Todavia, a mera menção à quantidade de drogas apreendidas, ou mesmo à ausência de comprovação de atividade lícita, não se mostram suficientes para, de forma isolada, concluir que o agente integra uma organização criminosa ou se dedica ao tráfico de forma habitual, até porque o desemprego, diante da realidade social brasileira, representa, na verdade, um infortúnio de boa parte da população, e não algo desejado. Precedentes.

4. Dessa forma, tendo em vista a primariedade, os bons antecedentes e o montante de entorpecentes apreendidos, reconheço o constrangimento ilegal em virtude da não aplicação da minorante pelo tráfico privilegiado, a qual faço incidir, de ofício, na fração de 1/2 (conforme aplicado pelo Magistrado). Desse modo, ausentes outras circunstâncias modificadoras, torno as reprimendas do paciente definitivas em 2 anos e 6 meses de reclusão, além de 250 dias-multa.

5. Quanto ao regime prisional, apesar de o novo montante da pena - 2 anos e 6 meses de reclusão -, admitir, em tese, a fixação do regime inicial aberto, a gravidade concreta da conduta, consubstanciada na natureza e expressiva quantidade de droga apreendida (359g de cocaína), autoriza a fixação do regime intermediário; o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como *in casu*, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade no resgate da reprimenda do paciente no regime inicial semiaberto. Precedentes.

6. Pelos mesmos motivos acima, reputo inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. Precedentes.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 886.539/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/4/2024, DJe de 16/4/2024.)

Ante o exposto, **conheço** do agravo para **dar parcial provimento** ao recurso especial, para redimensionar a pena do agravante para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa e fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

É o voto.