



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2346611 - MG (2023/0140278-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : ERISSON RAFAEL DE AZEVEDO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE 59. RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se discute a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de tráfico privilegiado.

2. O recorrente alega violação ao artigo 44 do Código Penal, sustentando o preenchimento dos requisitos legais para a substituição da pena.

3. O acórdão recorrido reconheceu a figura do tráfico privilegiado, mas não concedeu a substituição da pena.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em saber se, reconhecida a figura do tráfico privilegiado e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria, é obrigatória a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

5. A jurisprudência do STJ entende que, quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado e ausentes vetores negativos, é impositiva a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da Súmula Vinculante n. 59 do STF.

6. No caso, além de a quantidade de droga apreendida não ter sido considerada significativa para justificar a exasperação da pena-base, a minorante do tráfico privilegiado foi aplicada em 2/3, razão pela qual o recorrente faz jus à substituição da pena.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE DETERMINAR A

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR
RESTRITIVA DE DIREITOS, NOS TERMOS DO ART. 44 DO
CÓDIGO PENAL.

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 provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 05 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0140278-7

**AREsp 2.346.611 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00315656820218130693 10000212698856000 10000220460463001
10000220460463002 10000220460463003 10000220460463004 11009867
2021044689271001 315656820218130693

PAUTA: 03/12/2024

JULGADO: 03/12/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ERISSON RAFAEL DE AZEVEDO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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

C542212515918254744<5@ 2023/0140278-7 - AREsp 2346611



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2346611 - MG (2023/0140278-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : ERISSON RAFAEL DE AZEVEDO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE 59. RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se discute a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de tráfico privilegiado.

2. O recorrente alega violação ao artigo 44 do Código Penal, sustentando o preenchimento dos requisitos legais para a substituição da pena.

3. O acórdão recorrido reconheceu a figura do tráfico privilegiado, mas não concedeu a substituição da pena.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em saber se, reconhecida a figura do tráfico privilegiado e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria, é obrigatória a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

5. A jurisprudência do STJ entende que, quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado e ausentes vetores negativos, é impositiva a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da Súmula Vinculante n. 59 do STF.

6. No caso, além de a quantidade de droga apreendida não ter sido considerada significativa para justificar a exasperação da pena-base, a minorante do tráfico privilegiado foi aplicada em 2/3, razão pela qual o recorrente faz jus à substituição da pena.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE DETERMINAR A

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR
RESTRITIVA DE DIREITOS, NOS TERMOS DO ART. 44 DO
CÓDIGO PENAL.

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.

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 nº 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 violado o artigo 44 do CP, sustentando o preenchimento dos requisitos legais para a substituição da pena.

A análise das razões suscitadas pela origem indica desconformidade com o entendimento desta corte, conforme se verifica da fundamentação adotada (e-STJ fls. 371/374):

É sabido que a fixação da pena-base é um ato discricionário, juridicamente vinculado, preso às finalidades da pena - prevenção e repressão do crime, bem como reeducação do infrator - e aos fatores determinantes do quantum punitivo.

De pronto, verifica-se que a Magistrada "a quo" exacerbou a pena-base do acusado em razão quantidade da substância entorpecente

arrecada.

De fato, o artigo 42 da Lei 11.343/06, impõe ao Julgador que considere com preponderância às circunstâncias contidas no art. 42 da Lei 11.343/06, sobretudo a quantidade e qualidade da substância entorpecente apreendida.

Entretanto, in casu, a quantidade apreendida de drogas, isto é 200,60g (duzentas gramas e sessenta centigramas) de cocaína, não é exorbitante, não se justificando a exasperação das penas-base ante tal fundamento.

Contudo, tendo o sentenciante fixado as penas-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa e, por força da atenuante da confissão espontânea, reduzido as reprimendas intermediárias para o mínimo legal, verifica-se que o cálculo aritmético, caso fixadas as básicas no mínimo legal, como requerido pelo defensor, não faria diferença, motivo pela qual rejeita-se o pedido.

Prosseguindo, que o juízo sentenciante deixou de conceder o benefício do tráfico privilegiado ao acusado, por entender que ele dedica-se a atividades criminosas, diante da existência de outro uma ação penal em curso em seu desfavor relativo ao tráfico de drogas, como se pode inferir da certidão de antecedentes criminais de ordem n. 07.

Todavia, o apelante é primário e não registra maus antecedentes.

Ora, é cediço que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem levar à valoração negativa dos antecedentes, em observância ao princípio da presunção de não- culpabilidade.

[...]

Portanto, o apelante faz jus à redução de pena contida no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, vez que a CAC anexada aos autos não registra condenações com o devido trânsito em julgado, sendo certo, ainda, que não restou comprovado nos autos que ela se dedica a atividade criminosa ou integre organização criminosa.

[...]

Sendo assim, embora demonstrado a contento o envolvimento do apelante com o tráfico de drogas, tem-se que não há dedicação e nem prática reiterada de atividades criminosas, sendo de rigor o reconhecimento do tráfico privilegiado.

A teor do disposto no artigo 42, da Lei 11.343/06, devem ser observadas a natureza e quantidade do produto para estabelecer a fração redutora, que, no caso será de 2/3, para evitar bis in idem, tendo em vista que a natureza e quantidade da droga apreendida foram observadas na primeira fase da dosimetria de penas.

Feitas essas considerações, passa-se a nova dosimetria das penas:

Observadas as circunstâncias judiciais analisadas pela MMª.

Juíza a quo, fixam-se as penas-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, ausentes circunstâncias agravantes a serem consideradas, mas presente a atenuante da confissão espontânea, reduzem-se as penas intermediárias em 1/6 (um sexto) fixando a pena provisória em 05 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, nos termos das Súmulas

231, do STJ, e 42, do TJMG.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento de penas, mas presente a causa especial de diminuição de penas, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, devem as penas intermediárias ser diminuídas em 2/3, concretizando-as em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Em face do concurso material (artigo 33, da Lei 11.343/06 e artigo 329, do Código Penal), somam-se as penas, concretizando-as em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, 02 (dois meses) de detenção e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias- multa, mantido o valor do dia-multa no mínimo.

Nos termos dos artigos 33, § 2º, "c", do Código Penal, modifica-se o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade para o aberto.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por não estarem preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

Como se vê, apesar de a pena ter sido fixada no mínimo legal e de o Tribunal de origem ter reconhecido que a quantidade de droga não era suficiente para exasperar a pena-base, não houve a substituição da pena.

Todavia, a súmula vinculante n. 59 do STF dispõe que "É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal".

Há, portanto, divergência do que se vem entendendo neste STJ, conforme se afere do seguinte precedente da Quinta Turma:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRIVILÉGIO. MODULAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. 1/3. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.

I - O Superior Tribunal de Justiça não admite a impetração de habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes.

II - Havendo ilegalidade flagrante ou coação ilegal, concede-se a ordem de ofício.

III - A apreensão de quantidade não significativa de entorpecentes, ainda que de natureza mais deletéria, não é apta a ensejar a fixação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em patamar diverso do máximo (2/3).

Precedentes.

IV - Estabelecida a reprimenda no patamar de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como tendo sido a basilar fixada no patamar mínimo legal, é possível o estabelecimento do regime prisional inicial aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal, com a substituição da pena corporal por duas penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 936.880/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 17/9/2024, DJe de 19/9/2024.)

Ante o exposto, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial a fim de determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP, a ser estabelecida pelo juízo da execução penal.

É o voto.