



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2359154 - SP (2023/0164179-2)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : LUCAS MOLITERNO SALIM
ADVOGADOS : SIMONE LAVELLE GODOY DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA - SP271161
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME SEMIABERTO. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7 E 83/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial, pretendendo a reforma do regime prisional imposto ao agravante, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se é possível a imposição de regime prisional mais brando ao réu condenado por tráfico de drogas, e (ii) estabelecer se é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O regime semiaberto é adequado ao caso, tendo em vista a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (188 pedras de crack, pesando cerca de 210 gramas), em consonância com o art. 42 da Lei de Drogas e com o art. 59 do Código Penal, que determinam maior rigor em casos com circunstâncias judiciais desfavoráveis.

4. O indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, ante a existência de circunstância judicial desfavorável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 29 de novembro de 2024.

**Ministra Daniela Teixeira
Relatora**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2359154 - SP (2023/0164179-2)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : LUCAS MOLITERNO SALIM
ADVOGADOS : SIMONE LAVELLE GODOY DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA - SP271161
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME SEMIABERTO. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7 E 83/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial, pretendendo a reforma do regime prisional imposto ao agravante, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se é possível a imposição de regime prisional mais brando ao réu condenado por tráfico de drogas, e (ii) estabelecer se é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O regime semiaberto é adequado ao caso, tendo em vista a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (188 pedras de crack, pesando cerca de 210 gramas), em consonância com o art. 42 da Lei de Drogas e com o art. 59 do Código Penal, que determinam maior rigor em casos com circunstâncias judiciais desfavoráveis.

4. O indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, ante a existência de circunstância judicial desfavorável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

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 é tempestivo e o agravante impugnou os fundamentos da decisão recorrida, então merece ser conhecido. Os demais requisitos de admissibilidade também estão devidamente preenchidos, visto que a matéria objeto deste recurso está prequestionada, isto é, foi tratada pelo acórdão impugnado.

A análise das razões motivadas na origem se encontra em linha com o entendimento desta Corte, a indicar a incidência da Súmula nº 83/STJ, conforme se verifica da fundamentação adotada:

"Por isso que se reforma o julgado para condenar o réu nos termos da denúncia, passando-se à dosagem das reprimendas em conformidade com o critério trifásico (art. 68 do CP) e com o artigo 42 da Lei de Drogas.

Sem embargo da primariedade, a pena base deve ser fixada acima do mínimo em 6 anos de reclusão mais multa, atentando-se para a quantidade das drogas apreendidas 188 (cento e oitenta e oito) porções de cocaína na forma de 'crack' além de porções de maconha, obedecido assim o regramento dos artigos 59, do Código Penal, e 42, da Lei de Drogas, este aliás preponderante.

Fazendo-se o registro de que o legislador penal não atribuiu quantitativos fixos e absolutos para cada uma das circunstâncias judiciais, de forma que a fixação da pena-base não constitui uma operação matemática, necessário ponderar a relevância e a gravidade em concreto de cada uma das circunstâncias negativas (AgReg no HC nº 397.628/SP; rel. Min. Sebastião Reis Júnior; D Je 16.8.2017). Exatamente como se procedeu, não havendo direito público subjetivo à fixação da pena-base no piso que resulte somente da primariedade técnica pois a sanção mínima, em tese, seria cabível quando todas as circunstâncias judiciais fossem inteiramente favoráveis (grifo nosso), não sendo esta a hipótese.

Vale ainda trazer à colação, como já decidido, que "para chegar a uma aplicação justa da lei penal se deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se, na primeira fase da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no caput do art. 59 do Código Penal (...). Além disso, não se admite a adoção de um critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior

relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade” (HC nº 512.510/RJ, rel. Min. Felix Fischer, j. em 25.6.2019).

A atenuante da menoridade relativa enseja redução, ficando as penas no mínimo e não se admitindo que possa ser mais beneficiado o réu, ausente dispositivo legal autorizador e lembrada a construção da jurisprudência (Súmula 231 do STJ).

Sem causas de aumento, vê-se como satisfeitos no caso os requisitos elencados no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006. Assim porque embora existam indícios extrajudiciais a respeito, não se fez demonstração esmerada nestes autos, sob o contraditório, de que réu se dedique a atividades criminosas, observado aqui, de resto, que sem embargo de anterior controvérsia sobre a questão, a c. Corte Suprema, no julgamento do AgRE n. 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem (HC n. 351.325/RS, rel. Min. Jorge Mussi, D Je 29.8.2018).

Por isso que ficam reduzidas as penas aqui na maior fração - 2/3 (dois terços), tornada definitiva a sanção em 1 (ano) e 8 (oito) meses de reclusão com o pagamento de 166 dias-multa, no piso, a reputar-se como adequada e suficiente na hipótese para o alcance de suas finalidades.

Pese o quantum da reprimenda, o regime inicial de cumprimento, aqui, não deve ser o mais benevolente aberto, sob pena de afronta aos princípios da necessidade e da suficiência (CP, arts. 33 e 59), não se podendo olvidar que o delito em questão tem como engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, a resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de delitos mais graves em prol do sustento de tal vício, daí o obrigatório reconhecimento da periculosidade da conduta.

E com efeito, pois nos casos de tráfico, em face do bem jurídico protegido e anotando-se o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Não se olvida aqui o determinado no Habeas Corpus coletivo nº 596.603/SP, no qual o e. Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem para o fim de, entre outras disposições, vedar a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena àqueles que vierem a ser sancionados pela prática do delito de 'tráfico privilegiado' e que possuam circunstâncias favoráveis (grifo nosso). Veja-se, como expressamente decidido, que “o condenado por crime de tráfico privilegiado, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, a pena inferior a 4 anos de reclusão, faz jus a cumprir a reprimenda em regime inicial aberto ou, excepcionalmente, em semiaberto, desde que por motivação idônea, não decorrente da mera natureza do crime, de sua gravidade abstrata ou da opinião pessoal do julgador” (grifo nosso).

Ademais, em sede de embargos de declaração opostos contra o referido julgado decidiu-se que, as particularidade do caso como as circunstâncias em que perpetrado o delito e a quantidade de

entorpecente apreendido, entre outras, pode justificar a imposição de regime mais gravoso (ED no HC n. 596.603/SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em 11.5.2021).

Ora, na hipótese se apreenderam quase duzentas porções de cocaína na forma de 'crack' além de maconha, a primeira droga de efeitos mais viciantes e consequências graves para os consumidores, mostrando-se lícita a imposição de regime intermediário apesar de reprimenda final inferior a 8 anos de reclusão. Até porque, como ressabido, não está o julgador atrelado somente à quantidade da pena para a escolha do regime inicial (HC nº 429.086/RJ, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 17.5.2018; AgReg no AR Esp nº 1.160.894/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 24.4.2018).

Reitere-se, nesse ponto, como recentemente decidido: “estabelecida a sanção em 1 ano e 8 meses de reclusão, o modo prisional intermediário mostra-se adequado e suficiente para o início do cumprimento da pena quando da aferição negativa de circunstâncias judiciais, nos termos dos artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59, do Código Penal, além do artigo 42 da Lei 11.343 de 2006” (AgReg no HC 598.154/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 9.2.2021).

Inadmissível falar-se em substituição da pena corporal por restritivas de direitos, notadamente prestação de serviços à comunidade, porque evidentemente não recomendável, estando ausentes os requisitos legais (art. 44 do CP) apesar do reconhecimento, pela c. Corte Suprema, da inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, contida no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 (HC nº 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, j. em 1.9.2010), bem como da edição, pelo Senado Federal, da Resolução nº 05/2012.

Em verdade, se cuidou aqui de crime de natureza grave, de reprovabilidade acentuada e cujas circunstâncias e consequências impedem a substituição, sob o risco de a retribuição estatal ao ilícito tornar-se inócua, ou erigir-se em verdadeira facilitação para a traficância. E ademais, a citada Resolução do Senado não vedou ao Juiz e nem poderia fazê-lo, a análise do preenchimento, ou não, dos requisitos legais para a concessão da benesse.

Quanto à fixação do regime prisional, deve ser observado o disposto nos arts. 33 e 59 do Código Penal, bem como as Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Nota-se que o Tribunal de origem fixou o regime semiaberto em razão da existência de circunstância judicial desfavorável o que exige maior reprovabilidade da conduta.

Assim, embora a pena aplicada se situe, na hipótese, em patamar superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, é cabível a imposição de regime mais gravoso, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a existência de circunstância judicial desfavorável, mostrando-se viável a fixação do modo semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e do art. 44, III, ambos do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME SEMIABERTO. QUANTIDADE DE DROGA. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PRESSUPOSTO SUBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A análise desfavorável das circunstâncias judiciais autoriza a definição do regime inicial semiaberto, ao condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão, nos termos do art. 33, §§2º e 3º, "b", do CP, bem como o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento de pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).

2. Recurso não provido.

(AgRg no HC n. 937.987/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 30/9/2024, DJe de 4/10/2024.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. PENA-BASE MAJORADA EM 3 ANOS. TRANSPORTE DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS (19KG DE COCAÍNA). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SEGUNDA FASE DOSIMÉTRICA. RECONHECIDA A FRAÇÃO DE 1/6 PARA A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. 3ª FASE. OCORRÊNCIA DE BIS IN INDEM. RECONHECIMENTO DA CAUSA REDUTORA DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO. REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. VEDADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA E LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No delito de tráfico de drogas não há ilegalidade na exasperação da pena-base acima do mínimo legal com fulcro no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a quantidade e a natureza da droga apreendida é fundamento idôneo para exasperar a pena-base e deve preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Por outro lado, quanto à fração de aumento da pena-base, no silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento da pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 (um sexto) da mínima estipulada e outro de 1/8 (um oitavo), a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, ressalvadas as hipóteses em que haja fundamentação idônea e bastante que justifique aumento superior às frações acima mencionadas.

No caso dos autos, a natureza e a quantidade de drogas que o agravante estaria transportando - 19kg de cocaína, divididos em 20 tijolos -, é fundamento idôneo para a exasperação da pena-base em 3/5, sobretudo considerando que o art. 59 do Código Penal - CP não atribui pesos absolutos a cada uma das circunstâncias judiciais a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito, de modo que não há impedimento a que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto. Ademais, a majoração da pena-base no patamar aplicado pela Corte estadual mostra-se razoável, pois a fundamentação apresentada está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e com o entendimento

desta Corte de que a quantidade e/ou natureza da droga apreendida deve ser considerada na fixação da reprimenda.

2. Na segunda fase dosimétrica, a pena foi reduzida em 1/8, pois reconhecida a atenuante de confissão espontânea, todavia, não houve justificativa para a utilização de fração inferior a 1/6, contrariando a jurisprudência deste STJ, no sentido de que "deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto) para aumento ou diminuição da pena pela incidência das agravantes ou atenuantes genéricas, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar devidamente fundamentado" (AgRg no HC 370.184/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 9/5/2017, DJe 22/5/2017).

3. Quanto à aplicação da causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, cumpre destacar que esta Corte Superior possui reiterada jurisprudência no sentido de que o fato de o acusado estar desempregado quando da prática criminosa não permite inferir que se dedica habitualmente às atividades criminosas.

Precedentes.

De mais a mais, esta Corte Superior firmou o entendimento de que há bis in idem quando a quantidade e/ou natureza da droga é utilizado para elevar a pena-base e também para modular a fração da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como no caso dos autos, no qual foram utilizadas a quantidade e natureza das drogas nas primeira e terceira fases - 19kg de cocaína. Impende salientar que se trata da hipótese enfrentada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Assim, de rigor a incidência da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3.

4. Diante do quantum de pena fixado (2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 222 dias-multa), inferior a 4 anos, cotejado com a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a quantidade de droga apreendida e seu consequente potencial lesivo à saúde pública, o regime a ser imposto é o semiaberto, nos termos dos art. 33, § 3º e 59, ambos do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e em consonância com esta Quinta Turma.

5. Mantida a não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois, embora a reprimenda final seja inferior a 4 anos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis e em razão da quantidade de drogas apreendidas, o que justifica o agravamento do regime prisional e a não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 885.148/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 1/7/2024, DJe de 3/7/2024.)

Para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às

pretensões apresentadas pela parte, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta Corte por encontrar óbice na Súmula n. 7/STJ.

Ante o exposto, conheço do agravo para conhecer do recurso especial e, negar-lhe provimento.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0164179-2

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.359.154 /

SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024538020198260590 0002453802019826059015030094420178260536
15030094420178260536 1503009442017826053650000 20095172017
20220000867337 20220000989035 24538020198260590
2453802019826059015030094420178260536 5522017

EM MESA

JULGADO: 27/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LUCAS MOLITERNO SALIM

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SIMONE LAVELLE GODOY DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA -
SP271161

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, conheceu do agravo e negou provimento ao recurso especial."

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

C542212515<546111>818@ 2023/0164179-2 - AREsp 2359154