



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2395049 - SP (2023/0218224-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : LUIZ HENRIQUE SILVA DA FONSECA
ADVOGADOS : RODRIGO AUGUSTO TADEU MARTINS LEAL DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS (112,35G DE MACONHA E 20,23G DE COCAÍNA). RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se discute a dosimetria da pena aplicada por tráfico de drogas, com pedido de aplicação da causa de diminuição de pena no grau máximo.

2. O recorrente alega violação aos artigos 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, 1º da LEP, art. 5º, “item 6” da Convenção Americana de Direitos Humanos e 33, § 2º, “c”, do CP, em razão da aplicação do *quantum* mínimo do redutor e fixação do regime semiaberto, sem substituição da pena privativa de liberdade por restritivas.

3. As instâncias de origem fixaram a pena em 4 anos e 2 meses de reclusão, com regime inicial semiaberto, aplicando a redução mínima de 1/6 pela minorante do tráfico privilegiado, devido à quantidade e natureza das drogas apreendidas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em saber se a quantidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a aplicação da causa de diminuição de pena no grau mínimo, ou se, conforme precedentes, deve ser aplicada no grau máximo.

III. RAZÕES DE DECIDIR

5. A jurisprudência desta corte entende que a quantidade de droga, por si só, não justifica o afastamento do redutor do tráfico privilegiado, devendo ser aplicada a redução máxima quando não há elementos que indiquem dedicação à atividade criminosa.

6. No caso, a quantidade de 112,35g de maconha e 20,23g de cocaína não é suficiente para afastar a aplicação do redutor no grau máximo, considerando a primariedade e bons antecedentes do recorrente.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE REDIMENSIONAR A PENA PARA 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO, COM REGIME INICIAL ABERTO, E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

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: 2023/0218224-0

**AREsp 2.395.049 /
SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15021222420218260535 2021001076

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 : LUIZ HENRIQUE SILVA DA FONSECA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO AUGUSTO TADEU MARTINS LEAL DA SILVA - DEFENSOR
PÚBLICO
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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2395049 - SP (2023/0218224-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : LUIZ HENRIQUE SILVA DA FONSECA
ADVOGADOS : RODRIGO AUGUSTO TADEU MARTINS LEAL DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS (112,35G DE MACONHA E 20,23G DE COCAÍNA). RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se discute a dosimetria da pena aplicada por tráfico de drogas, com pedido de aplicação da causa de diminuição de pena no grau máximo.

2. O recorrente alega violação aos artigos 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, 1º da LEP, art. 5º, “item 6” da Convenção Americana de Direitos Humanos e 33, § 2º, “c”, do CP, em razão da aplicação do *quantum* mínimo do redutor e fixação do regime semiaberto, sem substituição da pena privativa de liberdade por restritivas.

3. As instâncias de origem fixaram a pena em 4 anos e 2 meses de reclusão, com regime inicial semiaberto, aplicando a redução mínima de 1/6 pela minorante do tráfico privilegiado, devido à quantidade e natureza das drogas apreendidas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em saber se a quantidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a aplicação da causa de diminuição de pena no grau mínimo, ou se, conforme precedentes, deve ser aplicada no grau máximo.

III. RAZÕES DE DECIDIR

5. A jurisprudência desta corte entende que a quantidade de droga, por si só, não justifica o afastamento do redutor do tráfico privilegiado, devendo ser aplicada a redução máxima quando não há elementos que indiquem dedicação à atividade criminosa.

6. No caso, a quantidade de 112,35g de maconha e 20,23g de cocaína não é suficiente para afastar a aplicação do redutor no grau máximo, considerando a primariedade e bons antecedentes do recorrente.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE REDIMENSIONAR A PENA PARA 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO, COM REGIME INICIAL ABERTO, E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

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 violados os artigos 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, 1º da LEP, art. 5º, “item 6” da Convenção Americana de Direitos Humanos e 33, § 2º, “c”, do CP, uma vez que as instâncias de origem aplicaram o *quantum* mínimo do redutor e fixaram o regime semiaberto para o início de cumprimento de pena, sem substituição da pena privativa de liberdade por restritivas.

A análise das razões suscitadas pela origem indica desconformidade com o entendimento desta corte, conforme se verifica da fundamentação adotada (e-STJ fls. 232/234):

No que toca à dosimetria das reprimendas, também é inviável maior abrandamento.

A pena-base do acusado foi fixada no piso legal de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Em seguida, a atenuante da confissão espontânea foi reconhecida nos termos da Súmula 231 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Por derradeiro, preenchidos os requisitos legais, o réu teve sua pena diminuída em 1/6 pela minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fração esta impassível de aumento, pois as circunstâncias em que cometido o delito (com a apreensão de mais de 60 porções de drogas, dentre cocaína e maconha, em conhecido ponto de tráfico), evidenciam que maior redução não seria suficiente para atingir o caráter preventivo e repressivo da reprimenda.

[...]

Assim, mantém-se a sanção definitiva do réu em 4 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 416 dias-multa, no valor unitário mínimo.

No tocante ao rigor carcerário, conforme entendimento há muito empossado por este Relator, em crimes desta natureza a fixação de regime inicial diverso do fechado não seria suficiente para atingir o caráter qualitativo da reprimenda. Nesse sentido, impende ressaltar que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade. Entretanto, diante da vedação ao reformatio in pejus, mantém-se o regime inicial semiaberto tal como fixado pela r. sentença, o qual, ao menos, se mostra proporcional ao quantum de pena ora aplicada.

Incabível também a substituição da pena corporal por alternativa. É certo que a decisão do colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS, consolidada pela Resolução nº 5 do Senado Federal, reconheceu ser possível a aplicação do art. 44 do Código Penal para os delitos previstos na Lei de Drogas; contudo, não afastou do julgador natural o poder de efetuar tal conversão levando em conta as circunstâncias concretas de cada caso.

Na hipótese dos autos, além de a quantidade de pena aplicada inviabilizar o benefício, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal, entende-se que a substituição não seria suficiente para a prevenção e repreensão do delito, podendo incentivar o réu a permanecer na senda de crime tão nefasto.

Por sua vez, consta da sentença (e-STJ fl. 178):

Na primeira fase, fixo a pena base em 5 anos de reclusão. Na segunda fase, há a atenuante genérica confissão, porém, a pena já foi fixada no mínimo legal, não pode ir a quem deste valor, sob pena de violação ao princípio da legalidade, conforme Súmula 231 do STJ, logo, mantenho a pena no mesmo patamar. Na terceira fase, há a causa de diminuição da pena do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, considerando variedade das drogas, e quantidade, que não foi valorada na primeira fase, reduzo no mínimo, em 1/6, passando a pena para 4 (quatro) anos

e 2 (dois) meses de reclusão. O regime de cumprimento da pena privativa de liberdade é o inicial SEMIABERTO conforme artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 considerando valor da pena, neste ponto, destaco o voto do desembargador Ruy Alberto Leme Cavalcheiro, nos autos do processo 1500245.12.2019.8.26.0570, cujo entendimento perflho, qual seja, "Não obstante o meu convencimento quanto à propriedade do regime fechado, é de rigor a modificação para o regime semiaberto, nos ter mos da decisão prolatada pela 6ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça do HC 596.603, de observância obrigatória. Diante desse entendimento, fixo o regime no inicial semiaberto, diante da primariedade, benefício do redutor previsto no art. 33, §4º da Lei 11.343/06 e quantidade da pena imposta, nos termos do artigo 33, §2º b do CP". Incompossível substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, face valor da pena, bem como por não ser medida socialmente recomendável ante os efeitos nefastos do delito perpetrado e por não ser medida suficiente a reprimir e coibir o crime em questão.

Adotando o mesmo critério acima, fixo a pena de multa em 416 dias multa, cada dia multa fixado no mínimo legal.

Como se vê, apesar de reconhecer a incidência da causa de diminuição do tráfico privilegiado, as instâncias de origem modularam a fração para o mínimo legal em razão da natureza e quantidade de drogas.

Contudo, em se tratando da apreensão de 112,35g de maconha e 20,23g de cocaína, a jurisprudência desta corte vem entendendo pela aplicação da redutora em seu patamar máximo, qual seja o de 2/3 (dois terços), conforme precedentes:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRIVILÉGIO. QUANTIDADE DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DO AFASTAMENTO. INEXISTÊNCIA DE DEDICAÇÃO AO TRÁFICO COMPROVADA. REQUISITOS PRESENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

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 integrem organizações criminosas.

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "a quantidade de droga apreendida, por si só, não justifica o afastamento do redutor do tráfico privilegiado, sendo necessário, para tanto, a indicação de outros elementos ou circunstâncias capazes de demonstrar a dedicação do réu à prática de atividades ilícitas ou a sua participação em organização criminosa" (AgRg no REsp 1.866.691/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/5/2020) (AgRg no HC 656.477/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe

03/11/2021).

3. No caso, levando em conta a primariedade do agravante, seus bons antecedentes, a ausência de elementos concretos que indiquem a dedicação à criminalidade ou integre organização criminosa, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 815431 / SC, RELATOR Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 12/06/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 16/06/2023 - Quantidade de droga apreendida: 7 comprimidos de ecstasy, 552 tubos de vidro pequenos e uma garrafa com 480 ml contendo diclorometano, 111,9 g de maconha e 58,3 g de cocaína.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS
CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.

APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA
NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO GRAU MÁXIMO.

QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXORBITANTE.

AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A DEMONSTRAR QUE O PACIENTE
SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA OU INTEGRA
ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PORTE DE ARMA E DISPARO
EFETUADO CONTRA A GUARNIÇÃO POLICIAL JÁ SOPESADOS
NA CONDENAÇÃO PELO CRIME DE RESISTÊNCIA.

1. O art. 33, § 4º, da Lei de Drogas dispõe que o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 a 2/3 da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. As instâncias ordinárias, embora tenham reconhecido a primariedade do paciente, concluíram que o paciente não fazia jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena, tendo em vista a quantidade da droga apreendida e o porte de arma de fogo, aliás disparada contra os agentes da segurança pública.

3. Esta Corte tem reiterada orientação de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa.

4. Não obstante ser válido o argumento adotado pelas instâncias de origem acerca da quantidade da droga apreendida, tal argumento, por si só, não justifica o afastamento da benesse.

5. A apreensão de 122,8g de maconha, 9,5g de crack e 33,8g de cocaína não se mostra suficiente para concluir pela dedicação do ora agravado à atividade criminosa, razão pela qual cabe a concessão da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima.

6. O porte de arma de fogo, disparada contra os agentes da segurança pública, não tem o condão de afastar o privilégio, tendo em vista que o agravado, no mesmo processo, foi condenado pelo crime de resistência. O porte de arma, per si, não comprovou a dedicação a atividades criminosas, e o mesmo fato não pode ser

valorado duas vezes, sob pena de constatação de odioso bis in idem.
7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 493172 / SP, RELATOR Ministro ANTONIO SALDANHA
PALHEIRO, SEXTA TURMA, DATA DO
JULGAMENTO 16/06/2020, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe
25/06/2020)

Passo à dosimetria.

Tendo em vista que a pena intermediária havia sido fixada em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, aplica-se a redução de 2/3, na terceira fase, pela incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, totalizando 1 ano e 8 meses de reclusão, e 166 dias-multa. Considerando-se a quantidade final de pena e as circunstâncias judiciais favoráveis, é cabível a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a ser determinada pelo Juízo das Execuções.

Ante o exposto, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial a fim de redimensionar a pena do recorrente ao patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

É o voto.