



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2408515 - SP (2023/0242968-3)**

**RELATORA** : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**  
**AGRAVANTE** : RODRIGO ROBERTO SOARES SILVA  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
TATIANA MENDES SOARES BACHEGA - DEFENSORA PÚBLICA  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGA NÃO RELEVANTE. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

#### I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra acórdão que manteve a fixação da pena-base acima do mínimo legal, aplicou a minorante do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 e estabeleceu o regime inicial semiaberto, sem autorizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O recorrente sustenta a inidoneidade dos fundamentos utilizados para majorar a pena-base, além de pleitear a fixação de regime inicial aberto e a substituição da pena.

#### II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se os fundamentos utilizados para fixar a pena-base acima do mínimo legal, considerando a quantidade de drogas apreendida, são idôneos; (ii) se a pena privativa de liberdade pode ser substituída por restritiva de direitos, considerando a pena final imposta e as circunstâncias do caso.

#### III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a quantidade de drogas apreendida, quando não relevante (no caso, cerca de 9 gramas de entorpecentes), não justifica a exasperação da pena-base, devendo esta ser fixada no mínimo legal, conforme o art. 42 da Lei de Drogas e o art. 59 do Código Penal.

4. A aplicação da minorante do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 foi corretamente realizada, conforme os requisitos legais

previstos no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

5. Diante da pena final inferior a 4 anos, a primariedade do réu e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser fixado o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, além de ser autorizada a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, conforme o art. 44 do Código Penal.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR 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 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: 2023/0242968-3

**AREsp 2.408.515 /  
SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15003588620228260302 150035886202282603023122022 20660852022  
3122022

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 : RODRIGO ROBERTO SOARES SILVA  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
TATIANA MENDES SOARES BACHEGA - DEFENSORA PÚBLICA  
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 2408515 - SP (2023/0242968-3)**

**RELATORA** : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**  
**AGRAVANTE** : RODRIGO ROBERTO SOARES SILVA  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
TATIANA MENDES SOARES BACHEGA - DEFENSORA PÚBLICA  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGA NÃO RELEVANTE. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

#### I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra acórdão que manteve a fixação da pena-base acima do mínimo legal, aplicou a minorante do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 e estabeleceu o regime inicial semiaberto, sem autorizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O recorrente sustenta a inidoneidade dos fundamentos utilizados para majorar a pena-base, além de pleitear a fixação de regime inicial aberto e a substituição da pena.

#### II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se os fundamentos utilizados para fixar a pena-base acima do mínimo legal, considerando a quantidade de drogas apreendida, são idôneos; (ii) se a pena privativa de liberdade pode ser substituída por restritiva de direitos, considerando a pena final imposta e as circunstâncias do caso.

#### III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a quantidade de drogas apreendida, quando não relevante (no caso, cerca de 9 gramas de entorpecentes), não justifica a exasperação da pena-base, devendo esta ser fixada no mínimo legal, conforme o art. 42 da Lei de Drogas e o art. 59 do Código Penal.

4. A aplicação da minorante do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 foi corretamente realizada, conforme os requisitos legais

previstos no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

5. Diante da pena final inferior a 4 anos, a primariedade do réu e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser fixado o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, além de ser autorizada a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, conforme o art. 44 do Código Penal.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR 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.

O parecer do MPF é pelo conhecimento do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento (fls. 357-360).

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 seguintes dispositivos arts. 33, 2º, e 44, ambos do CP, 42 e 33, § 4º, da Lei de Drogas, ao argumento de que deve ser fixado o regime aberto e autorizada a

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mormente diante da inidoneidade dos fundamentos utilizados para majorar a pena-base e aplicar a minorante no seu patamar máximo.

A análise das razões suscitadas pela origem indica desconformidade com o entendimento desta Corte, conforme se verifica da fundamentação adotada (fls. 274-279):

*As penas, apesar de criteriosamente dosadas e fundamentadas, comportam reparo, devendo ser afastada a agravante da calamidade pública. a) estando-se atento ao quanto disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e do art. 59 do CP, as penas-base foram corretamente fixadas 1/6 acima do mínimo legal, estando plenamente justificado esse quantum em razão da natureza de parte do entorpecente apreendido, crack.*

*[...]*

*Presente, assim, nessa etapa, somente a atenuante da menoridade relativa, as penas devem retornar ao mínimo legal.*

*c) na terceira e derradeira etapa do cálculo, as penas foram benevolmente reduzidas de 2/3, em razão da incidência do previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Caberia redução de no máximo 1/3. A ausência de recurso do Ministério Público impede, porém, a retificação*

*Em seguida, foram elevadas de 1/6, ante a presença da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06.*

*Conforme ponderou a Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 261,*

*[...]*

*Chega-se a um total final benevolente de 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e de 193 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, que se torna definitivo, na ausência de circunstâncias modificadoras outras. Foi, por fim, fixado o regime inicial semiaberto.*

*Observe-se que, até passado ainda recente, era pacífico que o estabelecimento de regime inicial diverso do fechado feriria mandamento legal expreso, dada a natureza hedionda do tráfico de entorpecentes (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90).*

*O Plenário do Supremo Tribunal Federal, todavia, reconheceu, incidentalmente, no julgamento do Habeas Corpus n. 97.256/RS, ocorrido em 16 de dezembro de 2010, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, contida no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.*

*O eminente Ministro Relator, Ayres Brito, ponderou que as demais penas, além daquela que estabelece a privação de liberdade*

*[...]*

*Na ocasião, observou-se, ainda, que Tratados e Convenções internacionais aprovados e promulgados pelo Brasil preveem a possibilidade de ser dispensado tratamento diferenciado àquela conduta que, apesar de corresponder ao tipo penal do tráfico ilícito de entorpecentes, se caracterizasse pelo seu menor potencial ofensivo, o que incluiria alternativas ao encarceramento.*

*Seria este o caso da “Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas”, que foi incorporada ao nosso Direito interno por meio do Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991.*

*Referida Convenção teria, consoante entendimento do Ministro Relator, natureza de verdadeira “norma supralegal de hierarquia intermediária”, pela qual cada Estado soberano estaria autorizado “a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes”.*

*O impacto de referido acórdão foi profundo, tendo ensejado, inclusive, a suspensão, pelo Senado Federal, no dia 15 de fevereiro de 2012, da executividade de referida expressão (Resolução n. 5/2012), que proibia mencionada conversão da prisão imposta em pena restritiva de direitos.*

*A partir de então, passou a prevalecer na Doutrina e na Jurisprudência o entendimento de que, se não existia mais óbice à conversão da pena privativa de liberdade em mera restrição de direitos, com muito mais razão não se poderia subtrair do Magistrado a ampla liberdade na fixação do regime inicial para cumprimento de pena.*

*Passou a ser, assim, perfeitamente concebível fosse fixado, também na condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, regime inicial diverso do fechado. A questão é, sem dúvida, polêmica, mesmo porque o simples fato de Convenção Internacional permitir que os Estados signatários estabeleçam penas alternativas ao tráfico de entorpecentes de menor potencial ofensivo, não implica automaticamente na invalidade de opção legislativa diversa.*

*Não cabe, contudo, no presente processo, adentrar no mérito quanto ao acerto ou não do entendimento do colendo STF, mesmo porque o próprio poder Legislativo optou por seguir o caminho da cessação da executoriedade da vedação.*

***No caso ora em apreço, o ora apelante simplesmente não preencheu os requisitos que permitiriam a incidência de referida conversão, ou a escolha de regime mais benéfico que o fechado para início do cumprimento da pena.***

*Mesmo que o quantum da pena imposta ao sentenciado o permita, o estabelecimento de regime inicial mais benéfico dependerá, sempre, da análise concreta da culpabilidade do agente, de seus antecedentes, de sua conduta social, de sua personalidade, bem como dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime, além do comportamento da vítima.*

***A despeito do quantum da pena, a gravidade da dinâmica dos fatos perpetrados, tendo sido constatada comercialização inclusive de crack, nas imediações de estabelecimento de ensino, exige maior rigor por parte do Estado, cabendo a adoção do regime fechado para início do cumprimento de pena, previsto no art. 33, § 2º, alínea “a”, do CP.***

*Melhor sorte tampouco socorre ao réu quanto à almejada substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, eis que não foi preenchido o requisito previsto no art. 44, III, do CP. Não basta a presença das condições relacionadas nos dois primeiros incisos: pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, aplicada a réu primário por crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa; descabe de igual modo a conversão se não tiver sido igualmente atendida a exigência contida no inciso III do mesmo dispositivo legal, que determina, dentre outras exigências, caber mencionada conversão*

*apenas se “os motivos e as circunstâncias” a indicarem como suficiente. Não é o caso.*

***Destaque-se, outrossim, que a medida não se mostra, com efeito, suficiente à sua reeducação, e estaria muito aquém da retribuição estatal necessária ao ilícito.***

***O tráfico ilícito de entorpecentes é crime de natureza grave, cujas circunstâncias (lucro fácil em detrimento da saúde de outrem) e consequências (desestabilização familiar e social), associadas à dinâmica dos fatos julgados nesta ação penal e à personalidade do agente, tornam insuficientes, quer mencionada substituição, quer o início do cumprimento da reprimenda privativa de liberdade em sistema penal menos gravoso.***

*Em se cuidando de crimes que sejam referentes a tráfico de maior nocividade, como o ora sentenciado, aludidos benefícios são evidentemente inadequados à prevenção, à repreensão ou ainda à reeducação do condenado, pois sua permanência em liberdade viria desacompanhada de qualquer instrumento que o impedisse inclusive de reincidir em sua conduta, pondo a perder não apenas a sociedade, mas sua própria recuperação.*

*Não se cogita, portanto, de fixação do regime inicial aberto.*

Da análise do excerto colacionado, verifico que os fundamentos invocados pela Corte de origem destoam do entendimento deste Tribunal, cuja jurisprudência é firme no sentido de que a apreensão de pequena quantidade de drogas não tem o condão de legitimar o aumento da pena-base, mormente em se tratando de apenas "5,03 gramas de maconha, distribuídos em 06 porções; 4,14 gramas de crack, distribuídos em 19 porções" (fl. 267), devendo a pena-base ser fixada no mínimo legal.

Nesse sentido:

***PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. CONCESSÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PEQUENA QUANTIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA REDUZIR A PENA-BASE.***

***1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão ora agravada atrai a incidência do enunciado sumular n. 182 desta Corte Superior.***

***2. Em relação à pena-base, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, sendo necessária a concessão de ofício de habeas corpus.***

***3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.***

***4. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual o juiz, na fixação das penas, considerará, com***

***preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.***

***5. No presente caso, apesar da natureza altamente deletéria da droga apreendida (cocaína), a quantidade total (4,2g) não justifica a majoração da pena-base, por não extrapolar o tipo penal, devendo ser afastado tal fundamento.***

***6. Agravo regimental não conhecido. Habeas corpus concedido para reduzir a pena-base e redimensionar a reprimenda final do acusado.***

***(AgRg no AREsp n. 2.559.294/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/5/2024, DJe de 20/5/2024, grifei)***

***AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE DROGA (13,70 GRAMAS DE CRACK). FUNDAMENTO INIDÔNEO. ACÓRDÃO QUE DESTOA DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PROVIMENTO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. DESNECESSIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.***

***1. Não obstante a natureza da droga apreendida, a quantidade de 13, 70 gramas de crack não é relevante, o que, conforme a jurisprudência desta Corte Superior, não é suficiente para demonstrar maior reprovabilidade da conduta, não justificando a exasperação da pena-base.***

***2. É pacífico o entendimento de que "é possível a esta Corte Superior, em recurso especial, aferir a idoneidade jurídica dos fundamentos utilizados na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Trata-se de controle de legalidade, cujo exercício prescinde do reexame de matéria fática, uma vez que se restringe à análise de matéria de direito." (AgRg no AREsp n. 995.971/RN, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 7/3/2017, DJe de 13/3/2017.)***

***3. Agravo regimental desprovido.***

***(AgRg no AREsp n. 2.400.470/DF, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdf), Sexta Turma, julgado em 7/5/2024, DJe de 10/5/2024.)***

Assim, passo a redimensionar a pena do recorrente, atento às diretrizes do art. 59 e 68, ambos do CP. Na primeira fase, reduzo a pena-base ao mínimo legal de 5 anos de reclusão, além de 500 dias-multa. Na segunda etapa, em que pese a existência de atenuante da menoridade relativa, deixo de reduzir a pena na forma da Súmula 231/STJ. Na terceira etapa, aplico o patamar máximo da minorante do tráfico privilegiado, reduzindo a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa, a qual, por força da causa de aumento prevista no art. 40, inc. VI, da Lei n. 11.343/2006, majoro em 1/6, perfazendo a pena definitiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além de 193 dias-multa.

Considerando a pena imposta, inferior a 4 anos de reclusão, ausência de circunstância judicial desfavorável, fixo o regime aberto e autorizo a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juiz da execução.

Ante o exposto, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial para reduzir a pena-base ao mínimo legal, mantendo a pena definitiva inalterada, fixar o regime aberto e autorizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o voto.