



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2417974 - MS (2023/0265197-3)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : WESLEY MACHADO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CORRÉU : BRUNO RAMAO BENITES DORNELES

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DE FIXAR REGIME SEMIABERTO E AFASTAR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (12,800KG DE MACONHA). VETORIAL INDEVIDAMENTE DESCONSIDERADA E APTA A INFLUIR. ARTS. 33, § 3º, E 44, III, DO CP. RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se discute a dosimetria da pena e o regime prisional em condenação por tráfico de drogas.
2. O recorrente alega violação dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sustentando que a quantidade de droga apreendida deveria influenciar no regime prisional e na substituição da pena.
3. O acórdão recorrido fixou a pena-base acima do mínimo legal devido à quantidade de droga, mas manteve o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em saber se a quantidade de droga apreendida justifica a fixação de regime prisional mais gravoso e o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

5. A quantidade de droga apreendida (12,800kg de maconha) é relevante e justifica a fixação do regime semiaberto, conforme entendimento consolidado do STJ.
6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos deve ser afastada, considerando a presença de

circunstância judicial negativa.

IV. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO E AFASTAR A SUBSTITUIÇÃO POR PENA 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 para dar provimento ao recurso especial, 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: 2023/0265197-3

**AREsp 2.417.974 /
MS
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00054615120218120019 0005461512021812001950001 00088425220218120800
54615120218120019 5461512021812001950001 88425220218120800

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 : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : WESLEY MACHADO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CORRÉU : BRUNO RAMAO BENITES DORNELES

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 para dar provimento ao recurso especial, 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 2417974 - MS (2023/0265197-3)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : WESLEY MACHADO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CORRÉU : BRUNO RAMAO BENITES DORNELES

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DE FIXAR REGIME SEMIABERTO E AFASTAR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (12,800KG DE MACONHA). VETORIAL INDEVIDAMENTE DESCONSIDERADA E APTA A INFLUIR. ARTS. 33, § 3º, E 44, III, DO CP. RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se discute a dosimetria da pena e o regime prisional em condenação por tráfico de drogas.
2. O recorrente alega violação dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sustentando que a quantidade de droga apreendida deveria influenciar no regime prisional e na substituição da pena.
3. O acórdão recorrido fixou a pena-base acima do mínimo legal devido à quantidade de droga, mas manteve o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em saber se a quantidade de droga apreendida justifica a fixação de regime prisional mais gravoso e o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

5. A quantidade de droga apreendida (12,800kg de maconha) é relevante e justifica a fixação do regime semiaberto, conforme entendimento consolidado do STJ.
6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos deve ser afastada, considerando a presença de

circunstância judicial negativa.

IV. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO E AFASTAR A SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS.

RELATÓRIO

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

Contraminuta apresentada, em que a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu desprovimento.

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 3º e 59 do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006, sustentando que a circunstância judicial reconhecida deve recrudescer o regime e impedir 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. 445-447):

Com relação ao pedido do acusado de fixação da pena-base no mínimo previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, sob a justificativa de que não procedeu com acerto o julgador de instância singela ao valorar negativamente a moduladora pertinente à quantidade da droga, pois, segundo o ora recorrente, “12,8 quilos de maconha, embora não insignificante, não é expressiva para os padrões desta região de fronteira, sendo que, dentro da normalidade, as apreensões ultrapassam as centenas ou até milhares de quilos”, a meu ver, não merece guarida, senão vejamos.

Nota-se da fundamentação do decísium que o juízo a quo compreendeu ser desfavorável a circunstância judicial sob debate, motivo pelo qual ampliou a pena-base em 1 (um) ano de reclusão e 100 (cem) dias-multa, frisando que “A quantidade é relevante e resulta em exasperação da pena base”.

Ou seja, o magistrado de piso adotou como razão de decidir para o incremento da pena-base o volume do narcótico, consoante reza o comando inserido no art. 42 da Lei de Drogas, o qual preceitua que “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.”

Nesse contexto, dado em conta que se cuida de crime tipificado na Lei nº 11.343/2006, **evidentemente, a quantia da substância ilícita é fator que prepondera sobre as moduladoras do art. 59 do Estatuto Repressivo, não caracterizando, por conseguinte, ilegalidade o arbitramento da pena-base acima do mínimo legal, porquanto é certo que quanto maior o volume da droga, superior será a possibilidade de lesão à saúde pública, que é o bem jurídico protegido nos delitos de tráfico de entorpecentes, de maneira que, neste caso particular, é indubitoso que a totalidade de “cannabis sativa” descoberta em poder do acusado/recorrente, em que pese não ser de grande monta, é significativa 12,800 kg (doze quilos e oitocentos gramas).**

Doutro norte, no que diz respeito ao pleito do Parquet de afastamento da causa especial de diminuição de pena disciplinada no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.373/2006, penso que razão não lhe assiste, pelas razões que passo a expor.

[...]

Da leitura do preceito sub examine, constata-se que, para que reste configurado o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada, com a derivada diminuição da pena privativa de liberdade e da sanção pecuniária, faz-se necessário que o réu satisfaça todos aqueles requisitos, cumulativamente, ou melhor, que seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, de maneira que a ausência de um de tais requisitos determina negar a benesse.

In casu, do exame detido do conjunto probatório produzido, verifica-se que o acusado é primário e não há provas e nem mesmo indícios de que se dedique a atividades criminosas ou pertença à organização criminosa.

Ressalte-se, por oportuno, que o episódio de o réu transportar o volume de 12,800 kg (doze quilos e oitocentos gramas) de “cannabis sativa” que reputo ser de média monta, por si só, a meu juízo, não tem o condão de demonstrar que ele, de fato, integra organização criminosa, como sustentado pelo Ministério Público Estadual.

Isso pois, de uma mera análise do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013,

o qual define o instituto da organização criminosa, observa-se que, para que ele fique caracterizado, faz-se imprescindível a existência de uma associação de 4 (quatro) ou mais indivíduos, de maneira estável, permanente, constituída anteriormente à prática dos delitos planejados e que seja coordenada, articulada, o que não é o caso destes autos, porquanto, evidentemente, uma pessoa que é contratada para o transporte de “maconha”, em troca do pagamento de certa quantia R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) , não pode fazer parte de uma organização criminosa, sendo certo que, caso a integrasse, participaria da divisão dos lucros com os demais participantes, obtendo ganhos muito maiores, fato este que, de per si, afasta a primeira exigência contida no § 1º do art. 1º da lei sobre organização criminosa, qual seja, a associação duradoura.

Sendo assim, é de rigor reconhecer que o magistrado de primeira instância agiu de maneira escoreita ao aplicar o redutor pertencente ao tráfico privilegiado, não havendo falar, portanto, em ausência de um dos requisitos para a sua concessão.

Quanto à fração empregada pelo juiz de piso para a diminuição das penas, a saber, no patamar intermediário de 1/3 (um terço), em vista da incidência do privilégio supramencionado, alega o acusado/recorrente que faz jus ao grau máximo de 2/3 (dois terços), ao passo que o Órgão Ministerial defende o uso da minorante na fração mínima de 1/6 (um sexto).

Entrementes, sem razão a ambos os apelantes, posto que, considerando as peculiaridades do caso vertente, notadamente a natureza do narcótico apreendido “cannabis sativa” , que, como sabido, causa efeitos deletérios, a meu sentir, o quantum utilizado pelo julgador sentenciante para a redução das penas é suficiente e necessário para a prevenção e reprovação do delito.

De outra banda, no que concerne ao **regime prisional**, tendo em mente que a **pena privativa de liberdade foi imposta em menos de 4 (quatro) anos de reclusão, associada às circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, em especial, nas condições pessoais favoráveis do acusado é primário e não registra antecedentes** , tenho que o regime inicial do cumprimento da pena corporal **deve ser o determinado na sentença (aberto)**, nos termos do art. 33, § 2º, alínea “c”, do referido codex, devendo, destarte, ser rejeitado o pleito do MPE de modificação para um regime mais gravoso.

No tocante ao requerimento do Órgão Ministerial de afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, entendo que não prospera.

Isso porque **os requisitos autorizadores para a substituição, previstos no art. 44 do Estatuto Repressivo, encontram-se presentes, quer dizer, não se cuida de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a reprimenda não é superior a 4 (quatro) anos** foi fixada em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e, como acima dito por este relator, **as circunstâncias disciplinadas no art. 59 do apontado diploma legal são benéficas ao réu** (indicativo de que a medida é socialmente recomendável e suficiente). (grifo nosso)

Como se vê do acórdão recorrido, uma vez reconhecida circunstância judicial negativa, qual seja, a quantidade relevante de drogas (12,800kg de maconha), evidencia-se fundamento válido para influir na fixação do regime, de aberto para semiaberto, e na substituição por pena restritiva de direitos.

Há, assim, divergência do que se vem entendendo no STJ, conforme se afere do seguinte precedente da Quinta Turma:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 DE OFÍCIO. SUPOSTA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PACIENTE QUE OSTENTA AÇÕES PENAIS EM CURSO. APLICAÇÃO DO ATUAL ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECEDENTES. NOVA DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. 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 integrem organização criminosa.

2. A aplicação da minorante do tráfico privilegiado foi denegada devido à condenação do paciente pelo crime de associação para o tráfico de drogas, além de sua suposta dedicação a atividades criminosas, haja vista ele figurar como réu em diversas ações penais.

3. Todavia, recentemente, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Tema Repetitivo n. 1.139, fixou a tese de que "é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006" (REsp n. 1.977.027/PR, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe 18/8/2022). Precedentes.

4. Desse modo, havendo o paciente sido absolvido pelo crime previsto no art. 35, caput, da Lei n. 11.343/2006 e, não havendo provas hábeis a comprovar sua dedicação às atividades criminosas, reconheço o flagrante constrangimento ilegal apontado pelo impetrante e passo, agora, ao novo cálculo da dosimetria das penas do paciente, observados os critérios adotados pelas instâncias singelas.

5. Na primeira fase, mantenho a pena-base em 6 anos de reclusão, e 600 dias-multa. Na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, as sanções permanecem inalteradas. Na terceira fase, reconhecida a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da LAD, mantenho o incremento em 1/6, ficando as penas fixadas em 7 anos de reclusão, e 700 dias-multa; por fim, reconhecida a incidência da minorante do tráfico privilegiado, aplico a fração máxima de 2/3 para não incorrer em bis in idem com a pena-base, ficando as reprimendas do paciente definitivamente estabilizadas em 2 anos e 4 meses de reclusão, além de 233 dias-multa.

6. Apesar de o novo montante da pena - 2 anos e 4 meses de reclusão -, admitir, em tese, a fixação do regime inicial aberto, a gravidade concreta da conduta, consubstanciada na expressiva quantidade de droga apreendida (2.516g de maconha), o que justificou, inclusive, a exasperação da pena-base em 1/5, 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, como in casu, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, 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. No mesmo sentido em relação à negativa de substituição da pena privativa de liberdade, por medidas restritivas de direitos. Precedentes.

7. Nova dosimetria da pena mantida.

8. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 935.450/BA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/9/2024, DJe de 26/9/2024. grifo nosso)

Ante o exposto, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial a fim de fixar o regime semiaberto e afastar a substituição por pena restritiva de direitos.

É o voto.