



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2459444 - SP (2023/0317049-2)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : PAMELA MONIQUE BROSKI
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAEL ALVAREZ MORENO - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : VITOR LUIS BARBOSA RODRIGUES
CORRÉU : ROBSON FAVALLI

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 59/STF. AGRAVO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial, no qual o recorrente apontava violação ao art. 44 do Código Penal, pleiteando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O Tribunal de origem aplicou pena de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime inicial aberto, afastando a substituição da pena com base na gravidade do crime de tráfico de drogas e nas circunstâncias concretas da apreensão de entorpecentes. A parte agravada apresentou contraminuta, defendendo o não provimento do recurso.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se, no caso de tráfico de drogas, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal; (ii) verificar se a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da pena atende às circunstâncias do caso.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O agravo em recurso especial é tempestivo e preenche os requisitos processuais, sendo conhecido, conforme o art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ.

4. A jurisprudência desta Corte, em consonância com a Súmula Vinculante nº 59 do STF, reconhece que, nos casos em que se aplica o benefício do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº

11.343/2006), e quando não há circunstâncias desfavoráveis na dosimetria da pena, deve ser fixado o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

5. No presente caso, apesar da gravidade inerente ao tráfico de drogas, as circunstâncias favoráveis à recorrente — incluindo a pena fixada no mínimo legal e a ausência de vetores negativos no art. 59 do CP — impõem o reconhecimento da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, conforme entendimento pacificado nesta Corte (AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.418.802/SC).

6. A divergência jurisprudencial em torno da aplicação da substituição da pena em casos de tráfico privilegiado foi dirimida com a aplicação da Súmula Vinculante nº 59/STF, que orienta a substituição da pena privativa de liberdade em situações como a presente.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL E SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SEREM DETERMINADAS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

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: 2023/0317049-2

**AREsp 2.459.444 /
SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00038440420238260502 0003844042023826050210792022
000384404202382605021079202215014897820228260599 10792022
15014897820228260599 38440420238260502 3844042023826050210792022
384404202382605021079202215014897820228260599

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 : PAMELA MONIQUE BROSKI
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAEL ALVAREZ MORENO - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : VITOR LUIS BARBOSA RODRIGUES
CORRÉU : ROBSON FAVALLI

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.

C5422124946148511;123@ 2023/0317049-2 - AREsp 2459444



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2459444 - SP (2023/0317049-2)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : PAMELA MONIQUE BROSKI
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAEL ALVAREZ MORENO - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : VITOR LUIS BARBOSA RODRIGUES
CORRÉU : ROBSON FAVALLI

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 59/STF. AGRAVO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial, no qual o recorrente apontava violação ao art. 44 do Código Penal, pleiteando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O Tribunal de origem aplicou pena de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime inicial aberto, afastando a substituição da pena com base na gravidade do crime de tráfico de drogas e nas circunstâncias concretas da apreensão de entorpecentes. A parte agravada apresentou contraminuta, defendendo o não provimento do recurso.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se, no caso de tráfico de drogas, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal; (ii) verificar se a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da pena atende às circunstâncias do caso.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O agravo em recurso especial é tempestivo e preenche os requisitos processuais, sendo conhecido, conforme o art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ.

4. A jurisprudência desta Corte, em consonância com a Súmula Vinculante nº 59 do STF, reconhece que, nos casos em que se aplica o benefício do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº

11.343/2006), e quando não há circunstâncias desfavoráveis na dosimetria da pena, deve ser fixado o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

5. No presente caso, apesar da gravidade inerente ao tráfico de drogas, as circunstâncias favoráveis à recorrente — incluindo a pena fixada no mínimo legal e a ausência de vetores negativos no art. 59 do CP — impõem o reconhecimento da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, conforme entendimento pacificado nesta Corte (AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.418.802/SC).

6. A divergência jurisprudencial em torno da aplicação da substituição da pena em casos de tráfico privilegiado foi dirimida com a aplicação da Súmula Vinculante nº 59/STF, que orienta a substituição da pena privativa de liberdade em situações como a presente.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL E SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SEREM DETERMINADAS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

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 art. 44 do Código Penal.

A análise das razões suscitadas pela origem indica desconformidade com o entendimento desta corte, conforme se verifica da fundamentação adotada (e-STJ fls. 402-403):

O regime inicial deve ser mesmo o aberto, tendo em vista a pena corporal aplicada um ano e oito meses de reclusão e as circunstâncias favoráveis à apelante, nos termos da determinação exarada pelo C. Superior Tribunal de Justiça no habeas corpus nº 596.603/SP.

Por outro lado, incabível a concessão de sursis penal ou de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, benesses previstas a delitos de menor potencial ofensivo, e não a crimes da gravidade do tráfico de entorpecentes em testilha, sobretudo pelas circunstâncias da apreensão, bem como pela natureza, variedade e forma de acondicionamento das drogas em questão, comercializadas em concurso e mediante divisão de funções, em local conhecido como ponto de tráfico, a colocar em perigo grande número de consumidores e tornar acessíveis entorpecentes de efeitos extremamente deletérios a pessoas que àquelas não teriam alcance se encontrassem maior dificuldade em sua aquisição. Ademais, não se reconhecem como preenchidos os requisitos cumulativos dos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal, na medida em que penas não privativas de liberdade se evidenciam insuficientes à prevenção e repressão da conduta, à vista do elevado grau de reprovabilidade do delito, dadas as circunstâncias de apreensão do entorpecente, tal como fundamentado em relação aos corréus.

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

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. INCIDÊNCIA DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. SÚMULA VINCULANTE Nº 59. ANPP. APLICAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. No que se refere ao regime de cumprimento de pena, a Súmula Vinculante nº 59/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. Assim, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecido ao recorrente o benefício do tráfico privilegiado, necessária a fixação do regime regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo das execuções.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento segundo o qual a possibilidade de aplicação retroativa do instituto previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, é restrita aos processos em curso até o recebimento da denúncia, situação não verificada na espécie (ut, AgRg no REsp n. 2.021.432/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 15/12/2023.). Tal posição está alinhada ao entendimento fixado pela Primeira Turma do STF.

3. Agravo parcialmente provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.418.802/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/3/2024, DJe de 18/3/2024.)

Ante o exposto, **conheço do agravo para dar provimento** ao recurso especial, nos termos da Súmula Vinculante nº 59/STF, para substituir a pena privativa de liberdade de PÂMELA MONIQUE BROSKI por duas penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

É o voto.