



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2565985 - MS
(2024/0042165-5)**

**RELATOR : MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)**
AGRAVANTE : MARCOS VINICIUS PEREIRA RODRIGUES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E NÃO SUBSTITUIÇÃO DO APENAMENTO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DISCRICIONARIDADE REGRADA. GRAVIDADE CONCRETA. CONSTATAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE N. 59/STF. REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não se olvida que, conforme já assentado pela 3ª Seção (EREsp n. 1.970.578/SC), eventual negatização de circunstância judicial em desfavor do sentenciado não obriga o Estado-julgador – de forma automática e *ex lege* – a recrudescer o regime prisional em dimensão topográfica normativa (mais gravosa) ao apenamento em concreto cominado, na forma dos arts. 33, § 3º, e 59, III, ambos do CP. Tal faculdade, em contraponto, justifica-se pela explicitação de (eventuais) peculiaridades (objetivas e/ou subjetivas) afetas ao caso concreto, consoante inteligência das Súmulas n. (s) 718 e 719 do STF.

2. Consoante entendimento perfilhado pelo Pretório Excelso, cristalizado na Súmula Vinculante n. 59/STF e encampado por este Sodalício, somente afigura-se possível e suficiente – *ex vi* dos arts. 33, § 3º, 44, III e 59, III, todos do CP – a fixação do regime prisional (inicial) aberto e a substituição da sanção corporal por alternativas quando, agraciado o apenado pela minorante do tráfico privilegiado, a pena-base tenha sido aquilatada no mínimo legal e, notadamente, sopesadas pelo Estado-juiz as especificidades do caso concreto.

3. Na espécie, tal tessitura jurisprudencial (mais benéfica), todavia, não se coaduna ao caso vertente, diante da justificada exasperação da sanção basilar do increpado, nos lindes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, com base na apreensão da expressiva quantidade de

narcóticos (7,584kg de maconha).

4. Neste cenário, com esteio na exegese da Súmula n. 440/STJ, oportuno o resgate do regime prisional semiaberto ao sentenciado, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sob pena de proteção Estatal insuficiente e atenção aos fins precípuos da pena (declinados à repressão, prevenção e ressocialização do agente), como ferramenta de controle e pacificação social.

5. Delineamento recursal que justifica – com amparo nos incidentes efeitos iterativo e reiterativo do regimental – a manutenção incólume da decisão (monocrática) agravada.

6. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 29/10/2024 a 04/11/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 05 de novembro de 2024.

Ministro OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(Desembargador Convocado do TJSP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2565985 - MS
(2024/0042165-5)**

**RELATOR : MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)**
AGRAVANTE : MARCOS VINICIUS PEREIRA RODRIGUES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E NÃO SUBSTITUIÇÃO DO APENAMENTO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DISCRICIONARIDADE REGRADA. GRAVIDADE CONCRETA. CONSTATAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE N. 59/STF. REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não se olvida que, conforme já assentado pela 3ª Seção (EREsp n. 1.970.578/SC), eventual negatização de circunstância judicial em desfavor do sentenciado não obriga o Estado-julgador – de forma automática e *ex lege* – a recrudescer o regime prisional em dimensão topográfica normativa (mais gravosa) ao apenamento em concreto cominado, na forma dos arts. 33, § 3º, e 59, III, ambos do CP. Tal faculdade, em contraponto, justifica-se pela explicitação de (eventuais) peculiaridades (objetivas e/ou subjetivas) afetas ao caso concreto, consoante inteligência das Súmulas n. (s) 718 e 719 do STF.

2. Consoante entendimento perfilhado pelo Pretório Excelso, cristalizado na Súmula Vinculante n. 59/STF e encampado por este Sodalício, somente afigura-se possível e suficiente – *ex vi* dos arts. 33, § 3º, 44, III e 59, III, todos do CP – a fixação do regime prisional (inicial) aberto e a substituição da sanção corporal por alternativas quando, agraciado o apenado pela minorante do tráfico privilegiado, a pena-base tenha sido aquilatada no mínimo legal e, notadamente, sopesadas pelo Estado-juiz as especificidades do caso concreto.

3. Na espécie, tal tessitura jurisprudencial (mais benéfica), todavia, não se coaduna ao caso vertente, diante da justificada exasperação da sanção basilar do increpado, nos lindes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, com base na apreensão da expressiva quantidade de

narcóticos (7,584kg de maconha).

4. Neste cenário, com esteio na exegese da Súmula n. 440/STJ, oportuno o resgate do regime prisional semiaberto ao sentenciado, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sob pena de proteção Estatal insuficiente e atenção aos fins precípuos da pena (declinados à repressão, prevenção e ressocialização do agente), como ferramenta de controle e pacificação social.

5. Delineamento recursal que justifica – com amparo nos incidentes efeitos iterativo e reiterativo do regimental – a manutenção incólume da decisão (monocrática) agravada.

6. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por MARCOS VINICIUS PEREIRA RODRIGUES contra decisão exarada por esta Relatoria que, em juízo de admissibilidade e delibação *ad quem*, conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial do *Parquet*, a fim de restabelecer o regime prisional semiaberto do apenado, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 348-353).

Em suas razões, a Defesa assevera que a decisão hostilizada carece de reforma, pois

a pena do Agravante restou fixada abaixo de 04 (quatro) anos – 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o que, à luz do artigo 33, § 2º, alínea ‘c’, do Código Penal, enseja a fixação do regime inicial de cumprimento de pena no aberto (e-STJ fl. 370).

Aduz que a

fixação de regime diverso do aberto ao apenado primário, com pena inferior a 04 anos, considerando somente a existência de uma circunstância judicial negativa (quantidade da droga), implica numa aplicação mecanizada que dispensaria a atuação do Julgador na apuração da pena que reputasse mais adequada para prevenir ilícitos, eis que previamente estipulado o regime, sem se ater ao caso concreto (e-STJ fl. 370).

Ao caso, alega ser

perfeitamente cabível ao caso concreto, a substituição da pena corporal concedida pelo Tribunal de Justiça local, uma vez que a sanção penal foi fixada em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, patamar inferior ao previsto no artigo 44 do Código Penal, bem como as circunstâncias judiciais do artigo 59 do mesmo Diploma Legal foram valoradas, em quase sua integralidade, em favor

do Agravante (e-STJ fl. 372).

Nessa ambiência, requer (com arrimo no efeito iterativo) a reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, remessa do feito para julgamento pela Sexta Turma, *a fim de que seja negado provimento ao Recurso Especial ministerial* (e-STJ fl. 374).

O Ministério Público Federal manifestou ciência do *decisum* agravado (e-STJ fls. 379-380).

Contrarrazões não apresentadas pelo *Parquet* local (e-STJ fl. 382).

É o relatório.

VOTO

Atendidos os pressupostos recursais (extrínsecos e intrínsecos) do agravo regimental, o reclamo, todavia, não logra provimento, em que pese a combativa postulação defensiva.

Em juízo de sustentação (do *decisum* agravado), válido repisar os fundamentos assentados pelo Tribunal *a quo*, ao arrefecer o regime prisional em favor do sentenciado, bem como substituir a sanção corporal cominada por penas alternativas (e-STJ fls. 226-232, grifamos):

[...] *entendo ser a importância do entorpecente apreendido de **grande quantidade (7,584kg de maconha)**, de modo que fixo as penas- bases do delito acima do mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 530 (quinhentos e trinta) dias-multa.*

[...]

A pena-base foi fixada em 05 anos e 06 meses de reclusão e 530 dias-multa. Na segunda fase, afastada a agravante de promessa de pagamento conforme acima fundamentado, mas presente a atenuante da confissão, sendo que em observância a Súmula 231 do STJ, fixo a pena intermediária em 05 anos de reclusão e 500 dias- multa. Na 3ª fase, aplicada a causa de aumento de pena descrita no art. 40, V, da Lei de Drogas em 1/6 e, em face do reconhecimento do tráfico privilegiado, a qual reduziu a pena em 2/3, nos termos acima expostos, fixo a pena definitiva em 01 (um) ano e 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa.

*A considerar ajustada a sentença em relação ao delito previsto no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, bem como a quantidade e a natureza da sanção aplicada – 01 ano e 11 meses e 10 dias de reclusão, atento ao princípio da individualização e ao que foi decidido pelo STF acerca do tema, fixo o regime aberto, nos termos do art. 33, §2º, c, do Código Penal, já que se trata de pessoa não reincidente condenada a pena inferior a 4 anos e não se dedica a atividade criminosa. Ademais, **embora a quantidade de maconha não seja propriamente pequena, não é expressiva o bastante para justificar a***

imposição de regime mais gravoso.

Por fim, diante da presença dos requisitos do art. 44 do Código Penal e por entender que a medida é suficiente para, no caso concreto, repreender a conduta e desestimular novos comportamentos desviados, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem definidas pelo juízo da execução penal.

Em introito, não se olvida esta Relatoria que, eventual negatização de circunstância judicial em desfavor do sentenciado não obriga o Estado-julgador – de forma automática e *ex lege* – a recrudescer o regime prisional em dimensão topográfica normativa (mais gravosa) ao apenamento em concreto cominado, na forma dos arts. 33, § 3º, e 59, III, ambos do CP. Tal faculdade, em contraponto, justifica-se pela explicitação de (eventuais) peculiaridades (objetivas e/ou subjetivas) afetas ao caso concreto, consoante exegese das Súmulas n. (s) 718 e 719 do STF.

Nessa linha de raciocínio:

*Consoante precedentes desta SEÇÃO e das TURMAS que a compõem, a presença de circunstância judicial desfavorável justifica a imposição do regime inicial mais gravoso, em atenção ao disposto no art. 33, § 3º, do CP. Sendo assim, existindo circunstância judicial desfavorável, está justificado regime mais gravoso, **devendo a fixação do regime inicial embasada apenas no montante de pena ser cabível quando demonstrado que o caso concreto demanda solução distinta** (EREsp n. 1.970.578/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 2/3/2023, DJe de 6/3/2023, grifamos).*

*A despeito de o § 3º do art. 33 do Código Penal dispor que para a escolha do modo inicial de cumprimento da pena deverão ser observados os critérios do art. 59, **não fica o julgador compelido a fixar regime mais gravoso** do que o cabível em razão do quantitativo da sanção imposta, **ainda que presente circunstância judicial desfavorável** (AgRg no REsp n. 1.970.578/SC, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1.ª Região), Sexta Turma, julgado em 03/05/2022, DJe de 1º/08/2022, grifamos).*

De igual sorte:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FIXADO DE ACORDO COM O QUANTUM DE PENA RECLUSIVA. INSURGÊNCIA MINISTERIAL VISANDO O RECRUDESCIMENTO. MODO PRISIONAL SEMIABERTO QUE ATENDE AOS FINS SOCIAIS DA PENA. PARTICULARIDADES DO CASO. REVISÃO DO JULGAMENTO.

REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "A despeito de o § 3º do art. 33 do Código Penal dispor que para a escolha do modo inicial de cumprimento da pena deverão ser observados os critérios do art. 59, não fica o julgador compelido a fixar regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantitativo da sanção imposta, ainda que presente circunstância judicial desfavorável" (AgRg no REsp n. 1.970.578/SC, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1.ª Região), SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2022, DJe de 1º/08/2022).

2. Embora a presença de circunstância judicial desfavorável - natureza e quantidade de drogas - e a existência de elementos indicativos de maior gravidade concreta facultassem ao julgador, em tese, a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), **o Tribunal de origem, examinando detidamente as particularidades do caso em apreço, concluiu, de forma fundamentada, que o regime inicial semiaberto seria suficiente**, pois atenderia aos fins sociais da pena (prevenção e repressão do crime).

[...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.307.265/MG, relator Ministro Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, julgado em 12/3/2024, DJe de 15/3/2024, grifamos).

Todavia, dos fragmentos destacados, ratifica-se que o acórdão hostilizado **destoa** do entendimento perfilhado pelo Pretório Excelso, cristalizado na (recente) Súmula Vinculante n. 59/STF e encampado por este Sodalício, na esteira de que, somente afigura-se possível e suficiente – *ex vi* dos arts. 33, § 3º, 44, III e 59, III, todos do CP – a fixação do regime prisional (inicial) aberto e a substituição da sanção corporal por alternativas quando, agraciado o apenado pela minorante do tráfico privilegiado, a pena-base tenha sido aquilatada no mínimo legal e, notadamente, sopesadas pelo Estado-juiz as especificidades do caso concreto.

Por oportuno:

Súmula Vinculante n. 59/STF – 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.

Tal tessitura jurisprudencial (mais benéfica), todavia, não se coaduna ao caso vertente, diante da justificada exasperação da sanção basilar do increpado, nos lindes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, com base na

apreensão da expressiva quantidade de narcóticos (**7,584kg** de maconha) (e-STJ fl. 227, grifamos).

Nessa ambiência, em paráfrase ao voto local vencido – e com esteio na inteligência da Súmula n. 440/STJ, conjugada às Súmulas n. 718 e 719/STF –, oportuno o resgate do *regime prisional semiaberto* do sentenciado, *bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos* (e-STJ fl. 234).

Justifica-se o provimento do reclamo ministerial em razão da expressiva *quantidade de drogas apreendidas – 7,584 kg (sete quilos, quinhentos e oitenta e quatro gramas) de maconha* –, em atenção ao art. 33, § 3º e ao art. 44, III, ambos do Código Penal (e-STJ fl. 234), sob pena de proteção Estatal insuficiente e atenção aos fins precípuos da pena (declinados à repressão, prevenção e ressocialização do agente), como ferramenta de controle e pacificação social.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. BIS IN IDEM CONFIGURADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.
[...]

4. **Considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agravante, é mais adequada a fixação do regime mais gravoso sequente, qual seja, o semiaberto, nos termos do art. 33, §2º, b, do Código Penal. Descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.**

5. *Agravo regimental parcialmente provido.*

(AgRg no HC n. 881.739/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 27/5/2024, D Je de 29/5/2024, grifamos).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS NÃO RECOMENDÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *Em relação ao regime de cumprimento de pena, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código*

Penal ou na reincidência.

2. Foi elaborado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Portanto, é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre a gravidade concreta do crime.

3. Em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, embora estabelecida a pena definitiva da acusada em 3 anos de reclusão, verifica-se que o regime mais gravoso foi fixado com base nas circunstâncias em que o crime foi cometido, no qual os envolvidos negociavam grande quantidade de drogas, sendo que a associação era extremamente organizada, com distribuição de funções, o que configura motivação concreta a justificar regime semiaberto, mesmo sendo a acusada primária e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

*4. **Ainda que o quantum da reprimenda esteja dentro dos limites para a substituição da pena, as circunstâncias do caso concreto não a recomendam - tendo em vista [...] a negociação de grande quantidade de drogas.*** Assim, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 2.070.061/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 26/6/2023, grifamos).

Em arremate, tal delineamento recursal justifica – com amparo dos incidentes efeitos iterativo e reiterativo do regimental – a manutenção incólume da decisão (monocrática) agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no AREsp 2.565.985 / MS
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2024/0042165-5

Número de Origem:

09105111920238120001

0910511192023812000150001

9105111920238120001

910511192023812000150001

Sessão Virtual de 29/10/2024 a 04/11/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AGRAVADO : MARCOS VINICIUS PEREIRA RODRIGUES

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO

EXTRAVAGANTE - CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE

DROGAS - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MARCOS VINICIUS PEREIRA RODRIGUES

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 29/10/2024 a 04/11/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 04 de novembro de 2024