



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2603455 - SP (2024/0117211-4)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : ALEX SANDRO DE OLIVEIRA PEREIRA DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALESSANDRA PINHO DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : BRUNO CESAR DE OLIVEIRA
CORRÉU : RAFAEL SCHIAVELLI

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA APLICAÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto por Alex Sandro de Oliveira Pereira da Silva contra decisão que inadmitiu o recurso especial perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O agravante foi condenado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 416 dias-multa pelo crime de tráfico de drogas, com aplicação da minorante do tráfico privilegiado no patamar de 1/6.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão central consiste em verificar a adequação da fundamentação utilizada para a aplicação da minorante do tráfico privilegiado no patamar de 1/6, diante da pequena quantidade de droga apreendida, e se é devida a sua aplicação no patamar máximo de 2/3, com a consequente modificação do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O acórdão recorrido aplicou a minorante do tráfico privilegiado em 1/6, fundamentando-se na diversidade e quantidade das drogas apreendidas (22,05g de cocaína e 20,22g de maconha), sem, contudo, justificar adequadamente o não acolhimento da fração máxima, conforme exige a jurisprudência do STJ.

4. A jurisprudência desta Corte entende que, na ausência de justificativa específica para modulação diversa, a minorante do tráfico privilegiado deve ser aplicada na fração máxima de 2/3 quando a quantidade de drogas apreendidas é considerada pequena e não há outros elementos que desqualifiquem o réu como traficante eventual.

5. Com a aplicação da fração máxima de 2/3, a pena final é redimensionada para 1 ano e 8 meses de reclusão, o que viabiliza o cumprimento em regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.

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, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 29 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2603455 - SP (2024/0117211-4)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : ALEX SANDRO DE OLIVEIRA PEREIRA DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALESSANDRA PINHO DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : BRUNO CESAR DE OLIVEIRA
CORRÉU : RAFAEL SCHIAVELLI

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA APLICAÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto por Alex Sandro de Oliveira Pereira da Silva contra decisão que inadmitiu o recurso especial perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O agravante foi condenado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 416 dias-multa pelo crime de tráfico de drogas, com aplicação da minorante do tráfico privilegiado no patamar de 1/6.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão central consiste em verificar a adequação da fundamentação utilizada para a aplicação da minorante do tráfico privilegiado no patamar de 1/6, diante da pequena quantidade de droga apreendida, e se é devida a sua aplicação no patamar máximo de 2/3, com a consequente modificação do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O acórdão recorrido aplicou a minorante do tráfico privilegiado em 1/6, fundamentando-se na diversidade e quantidade das drogas apreendidas (22,05g de cocaína e 20,22g de maconha), sem, contudo, justificar adequadamente o não acolhimento da fração máxima, conforme exige a jurisprudência do STJ.

4. A jurisprudência desta Corte entende que, na ausência de justificativa específica para modulação diversa, a minorante do tráfico privilegiado deve ser aplicada na fração máxima de 2/3 quando a quantidade de drogas apreendidas é considerada pequena e não há outros elementos que desqualifiquem o réu como traficante eventual.

5. Com a aplicação da fração máxima de 2/3, a pena final é redimensionada para 1 ano e 8 meses de reclusão, o que viabiliza o cumprimento em regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por ALEX SANDRO DE OLIVEIRA PEREIRA DA SILVA (e-STJ fls. 469-473), objetivando a reforma da decisão de inadmissão do recurso especial perante o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

O agravante foi condenado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 416 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A defesa alega violação dos arts. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, art. 33, § 2º, c, do CP e art. 387, § 2º, do CPP.

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja aplicada a minorante do tráfico privilegiado, no patamar máximo, bem como a detração penal, de modo a fixar o regime aberto.

Contraminuta do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO pela negativa de provimento do recurso. (e-STJ fls. 476-480).

Parecer do Ministério Público Federal pelo conhecimento e, no mérito, pelo desprovimento do agravo (e-STJ fls. 494-497).

É o relatório.

VOTO

É uníssona a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade” (AgRg no REsp n. 2.118.260/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 15/5/2024).

A revisão da dosimetria, portanto, somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (AgRg no REsp n. 2.042.325/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 18/8/2023).

Compulsados os autos, verifica-se que a análise realizada pelo Tribunal de origem acerca da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não está em linha com a jurisprudência desta Corte acerca do tema, conforme se verifica dos seguintes trechos (e-STJ fls. 417-421):

Quanto à pena, a sentença também não merece reparo.

A MMª Juíza, na primeira fase, atenta ao disposto no artigo 59 do Código Penal, considerando que as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis ao acusado, fixou a pena- base no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias- multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda fase, a pena ficou mantida sem alteração, uma vez que, mesmo presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, tal circunstância atenuante não pode diminuir a pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal".

Já na terceira fase, presentes os requisitos legais, a sentenciante aplicou a causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar de 1/6, resultando em 04 anos e 02 meses de reclusão e pagamento de 416 dias-multa, no valor mínimo legal.

*Cumprе ressaltar que, embora realmente aplicável o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, porque o réu é primário e não tem maus antecedentes, não existindo ainda comprovação de que se dedique à atividade criminosa ou integre organização criminosa, uma vez que processos em andamento ou extintos pela prescrição da pretensão punitiva não podem ser considerados como indicativos de que ele se dedica a atividades criminosas, em respeito ao princípio do “in dubio pro reo”, a **redução da pena corretamente não se deu em patamar maior porque a diversidade e a quantidade de entorpecentes apreendidos (23 porções de cocaína, com peso bruto aproximado de 22,05g, e 05 porções de maconha, com peso bruto aproximado***

de 20,22g), somadas à quantia em dinheiro, produto da venda de diversas outras porções, evidenciam não se tratar de ínfimo traficante. Além disso, observo que o próprio acusado afirmou, em Juízo, que falou aos policiais que já havia vendido o restante da droga que possuía.

(...)

Frise-se, portanto, que a quantidade de entorpecentes pode sim ser considerada na terceira fase, eventualmente, para a não aplicação, ou para a modulação, da causa especial de diminuição da pena, cujo objetivo é beneficiar o traficante pequeno e eventual. No caso dos autos, conforme exposto, houve a apreensão de significativa quantidade e variedade de drogas, o que evidencia que não se tratava de ínfimo traficante.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não apenas em razão da quantidade da pena e da natureza do crime, que gera graves prejuízos à sociedade, mas, notadamente, por se verificar que, in casu, face à evidência de não se tratar de pequeno e eventual traficante, tendo em vista a quantidade de drogas apreendidas, somadas à quantia em dinheiro, produto da venda de outras porções, tal medida não seria socialmente recomendável.

(...)

Dessa forma, ausentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, face à quantidade de pena, à maior reprovabilidade da conduta e à negativa conduta social, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Da mesma forma, com relação ao regime inicial, entendo que a fixação de regime diverso do fechado não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado, não apenas em razão da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo, mas, notadamente, por não se tratar o réu de ínfimo e eventual traficante.

(...)

Assim, considerando que a quantidade de pena é superior àquela prevista no artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal, o que inviabiliza a fixação do regime inicial aberto, entendo que a fixação do regime inicial semiaberto atende ao referido enunciado, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal.

O entendimento adotado pelas instâncias ordinárias está em dissonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal, segundo a qual, não tendo sido devidamente justificado o patamar da minorante do tráfico privilegiado, o

benefício deve ser concedido na fração máxima de 2/3, dada a pequena quantidade de drogas apreendidas ("23 porções de cocaína, com peso bruto aproximado de 22,05g, e 05 porções de maconha, com peso bruto aproximado de 20,22g" - e-STJ fl. 416) e a inexistência de outras circunstâncias aptas a justificar a fixação de fração diversa. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. MODULAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. ANÁLISE CONJUNTA. CIRCUNSTÂNCIAS NORMAIS AO TIPO PENAL. FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. PENA REDIMENSIONADA. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO.

1. "[A] natureza e a quantidade da droga são elementos que integram um vetor judicial único, não sendo possível cindir a sua análise. Somente quando examinadas em conjunto (tipo de droga e quantidade) será possível ao julgador compreender adequadamente a gravidade concreta do fato e proceder à devida individualização da pena, que é o objetivo almejado pelo legislador com as disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/06" (AgRg no HC n. 734.699/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/12/2022, DJe 22/12/2022).

2. Hipótese em que, a despeito da natureza mais deletéria de uma das substâncias (cocaína) e da diversidade das drogas, a quantidade dos entorpecentes apreendidos em poder do Acusado não justifica qualquer modulação do redutor previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, pois não extrapola aquelas circunstâncias comuns ao delito de tráfico.

3. Não tendo sido devidamente justificada a modulação da minorante do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias, a referida benesse deve incidir na dosimetria da pena do Agravado, na fração máxima de 2/3 (dois terços), dada a pequena quantidade de drogas apreendidas e a inexistência de indicação de outras circunstâncias aptas a justificar a fixação de fração diversa.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 819.367/MS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 19/10/2023).

Assim, deve-se reconhecer a ilegalidade do acórdão quanto ao ponto, em razão da ausência de fundamentação a legitimar a fração adotada.

Considerada a pena-base fixada na origem (5 anos de reclusão e 500 dias-multa), mantida na segunda fase, em razão da incidência da Súmula 231/STJ, incide, na terceira fase, a minorante do tráfico privilegiado, na fração de 2/3, o que resulta 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Cabível o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial, a fim de reduzir a pena a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa, substituindo a pena corporal por **duas** restritivas de direito, a serem fixadas pelo Juízo da execução.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0117211-4

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.603.455 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15009383720228260587 20662022

EM MESA

JULGADO: 27/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ALEX SANDRO DE OLIVEIRA PEREIRA DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALESSANDRA PINHO DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : BRUNO CESAR DE OLIVEIRA
CORRÉU : RAFAEL SCHIAVELLI

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, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

C5422455156116452164@ 2024/0117211-4 - AREsp 2603455