



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2153120 - SP (2024/0230830-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : PAULO HENRIQUE ESTEVO SANTOS
ADVOGADOS : MICAELE CASTRO ALVES - SP473241
MAYARA LOURENÇO DE SOUZA SILVA - SP499692
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. *BIS IN IDEM*. REDUÇÃO DA PENA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PROVIMENTO DO RECURSO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto por Paulo Henrique Estevo Santos contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a condenação do recorrente por tráfico de drogas, fixando pena privativa de liberdade de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de dias-multa.
2. O recorrente pleiteia a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico privilegiado), com a fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Subsidiariamente, requer a concessão do regime semiaberto.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se é cabível a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, com a consequente fixação de regime mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da alegação de *bis in idem* na dosimetria e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas não constituem fundamento idôneo, por si só, para afastar a aplicação do tráfico privilegiado, devendo ser conjugadas com outras circunstâncias que indiquem dedicação a atividades criminosas.
5. Verifica-se *bis in idem* na dosimetria aplicada pelo Tribunal de origem, que considerou a quantidade e a natureza das drogas

tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria para fundamentar a pena-base e afastar a minorante do tráfico privilegiado.

6. A jurisprudência desta Corte entende que o tráfico privilegiado pode ser reconhecido mesmo em casos de expressiva quantidade de drogas, desde que ausente demonstração concreta de dedicação do agente a atividades criminosas ou sua integração a organização criminosa.

7. A aplicação da minorante do tráfico privilegiado deve ser concedida na fração máxima, considerando que não há evidências suficientes para afastar o benefício.

IV. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA REDIMENSIONAR A PENA DO RECORRENTE PARA 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, E PAGAMENTO DE 166 DIAS-MULTA, COM SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO, A SEREM FIXADAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DA CONDENAÇÃO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 19 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2153120 - SP (2024/0230830-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : PAULO HENRIQUE ESTEVO SANTOS
ADVOGADOS : MICAELE CASTRO ALVES - SP473241
MAYARA LOURENÇO DE SOUZA SILVA - SP499692
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. *BIS IN IDEM*. REDUÇÃO DA PENA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PROVIMENTO DO RECURSO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto por Paulo Henrique Estevo Santos contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a condenação do recorrente por tráfico de drogas, fixando pena privativa de liberdade de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de dias-multa.
2. O recorrente pleiteia a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico privilegiado), com a fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Subsidiariamente, requer a concessão do regime semiaberto.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se é cabível a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, com a consequente fixação de regime mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da alegação de *bis in idem* na dosimetria e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas não constituem fundamento idôneo, por si só, para afastar a aplicação do tráfico privilegiado, devendo ser conjugadas com outras circunstâncias que indiquem dedicação a atividades criminosas.
5. Verifica-se *bis in idem* na dosimetria aplicada pelo Tribunal de origem, que considerou a quantidade e a natureza das drogas

tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria para fundamentar a pena-base e afastar a minorante do tráfico privilegiado.

6. A jurisprudência desta Corte entende que o tráfico privilegiado pode ser reconhecido mesmo em casos de expressiva quantidade de drogas, desde que ausente demonstração concreta de dedicação do agente a atividades criminosas ou sua integração a organização criminosa.

7. A aplicação da minorante do tráfico privilegiado deve ser concedida na fração máxima, considerando que não há evidências suficientes para afastar o benefício.

IV. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA REDIMENSIONAR A PENA DO RECORRENTE PARA 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, E PAGAMENTO DE 166 DIAS-MULTA, COM SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO, A SEREM FIXADAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DA CONDENAÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por PAULO HENRIQUE ESTEVO SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, referente à Apelação Criminal n. 1501447-34.2021.8.26.0544.

O recorrente sustenta, em suma, a aplicação da causa de diminuição de pena constante do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, fixando-se o regime aberto e substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Subsidiariamente, requer a concessão do regime semiaberto para cumprimento de pena (e-STJ fl. 232).

As contrarrazões são pela inadmissão e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

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 arts. 33 §4º da Lei 11.343/06, art. 33, §2º, alíneas *b* e *c*, do Código Penal, art. 44 do Código Penal, art. 387 do Código de Processo Penal.

As análises das razões suscitadas pela origem - aplicação do tráfico privilegiado, com a fixação do regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos - indicam desconformidade com o entendimento desta corte, conforme se verifica da fundamentação adotada pela sentença, que permaneceu hígida no acórdão recorrido (e-STJ fls. 162-163):

DOSIMETRIA DA PENA.

Na primeira fase, as circunstâncias não são totalmente favoráveis. Isso porque a quantidade e qualidade das drogas (cocaína, maconha, crack, haxixe e ecstasy) autoriza a fixação da pena base em 1/6 acima do mínimo legal, resultando-se em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

Na segunda fase de dosimetria, presente a confissão, atenuo a pena em 1/6, a pena retorna ao mínimo legal.

Na terceira fase de cálculo penal, considero inaplicável o benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois a grande quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos denota que não se trata de traficante iniciante.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O limite das penas não autoriza a substituição, tampouco sursis. Por sua vez, a Lei antidrogas deu tratamento rigoroso a tais espécies de crimes, sendo equiparado a hediondo. Parece-me que a própria gravidade do delito e as consequências danosas à saúde e à sociedade que dele advêm são incompatíveis com o benefício da substituição.

DO EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE o pedido para CONDENAR PAULO HENRIQUE ESTEVO SANTOS, já qualificado nos autos desse processo crime, como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, às penas de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor mínimo legal de 1/30 de salário mínimo vigente à época dos fatos corrigidos monetariamente pela tabela prática do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde as práticas delituosas.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o fechado por ser o compatível com a traficância exercida no feito.

Conforme se observa, o Tribunal de origem incorreu em evidenciado *bis in idem*, pois considerou a quantidade e a natureza da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria. Além disso, a jurisprudência desta Corte entende que a quantidade de drogas não é, por si só, fundamento idôneo para afastar a aplicação

do tráfico privilegiado.

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

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. SÚMULA 182/STJ. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. Caso em exame¹. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu do agravo em recurso especial, em razão da incidência da Súmula 182 do STJ, por falta de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada.

2. A Defesa alega que o agravante preenche os requisitos para a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, argumentando que a quantidade de drogas apreendidas não indica dedicação a atividades criminosas.

3. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do agravo regimental.

II. Questão em discussão⁴. A questão em discussão consiste em saber se o agravo regimental atende ao requisito de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada, conforme exigido pela Súmula 182/STJ.

III. Razões de decidir⁴. O agravante não apresentou argumentos capazes de modificar o entendimento anterior, não refutando adequadamente os fundamentos da decisão agravada, conforme exigido pela Súmula 182/STJ.

5. A jurisprudência do STJ é clara ao exigir a impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada, não bastando uma contestação genérica.

6. Nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, o habeas corpus, de ofício, é deferido por iniciativa dos Tribunais quando detectarem ilegalidade manifesta o que constato no caso em relação a minorante do tráfico privilegiado.

7. A quantidade e a qualidade das drogas apreendidas não são, isoladamente, suficientes para afastar a minorante do tráfico privilegiado, devendo ser conjugadas com outras circunstâncias que indiquem dedicação a atividades criminosas.

8. No caso concreto, não foram apresentadas provas adicionais que demonstrassem a dedicação do agravante a atividades criminosas ou sua integração a organização criminosa.

9. A aplicação da minorante do tráfico privilegiado é cabível, reduzindo-se a pena do agravante para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, com substituição por penas restritivas de direitos.

IV. Dispositivo e tese¹⁰. Agravo regimental não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício.

Tese de julgamento: "1. O agravo regimental deve impugnar especificamente os fundamentos da decisão agravada para ser conhecido, conforme a Súmula 182 do STJ. 2. A quantidade e a qualidade das drogas apreendidas não são suficientes, por si só, para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado. 3. A aplicação

da minorante requer a demonstração de que o agente não se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa."

Dispositivos relevantes citados: art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal; Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp 1.900.135/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 22.02.2022; STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 1.996.126/SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato, Quinta Turma, j. 08.03.2022; STJ, AgRg no HC n. 625.804/SC, Min. Rel. João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe de 30/9/2022; HC n. 725.534/SP, Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, DJe de 1/6/2022.

(AgRg no AREsp n. 2.701.098/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 5/11/2024, DJe de 12/11/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. DESCABIMENTO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE FUNDADA NA EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS E AFASTAMENTO DA MINORANTE PELA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVANTE DA CALAMIDADE PÚBLICA E ATENUANTE DA CONFISSÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - A pena-base do ora agravante foi exasperada, lastreando-se na expressiva quantidade da droga apreendida (7.705 gramas de maconha acondicionados em 10 tabletes; e 9.880 gramas de maconha, acondicionados em 10 tabletes), nos termos do art. 42 da Lei de Drogas. Ao contrário do que sustenta a defesa, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, in verbis: "Art. 42. 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."

III - Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o eg. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o bis in idem quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena.

IV - No tocante ao tráfico privilegiado o acórdão impugnado consignou que "[...] não se deve confundir a chamada "mula" (pessoa pobre e desesperada, em regra), com o responsável pelo transporte e a distribuição de grande quantidade de drogas (traficante organizado) e não existindo a possibilidade de bis in idem, fica afastado o redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos" (fl. 50, grifei).

V - Houve fundamentação concreta quando ao afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada não só pela expressiva quantidade de

droga apreendida, mas também nas demais circunstâncias evidenciadas pelo modus operandi empregado na prática da traficância, tudo corroborando que o acusado se dedicava a atividades criminosas, fazendo disso seu meio de vida. Desse modo, a majoração da pena-base está fundada na expressiva quantidade da droga apreendida, ao passo que o afastamento da minorante ocorreu pela dedicação às atividades criminosas. Fatos distintos, portanto, inexistindo bis in idem.

Nesse sentido: (AgRg no REsp n. 1.652.550/RS, Quinta Turma, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 28/4/2017).

VI - "[a] elevada quantidade de drogas apreendidas, aliada às circunstâncias fáticas do delito, [...] permite aferir o grau de envolvimento do Réu com a criminalidade organizada e/ou a sua dedicação às atividades delituosas e, por consequência, obstar o reconhecimento do tráfico privilegiado" (AgRg no HC 661.017/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 14/05/2021).

VII - Rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

Nesse sentido: (HC 372.973/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 23/2/2017); (HC 379.203/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 10/2/2017).

VIII - A toda evidência, o decisum agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.

IX - As matérias aventadas no presente agravo regimental, qual seja, exclusão da agravante da calamidade pública e incidência da atenuante da confissão, não foram suscitadas por ocasião da impetração do habeas corpus. Na linha de orientação jurisprudencial desta Corte, mostra-se inadmissível a apreciação de teses não aventadas pela defesa na inicial do writ, consoante os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça: EDcl no RHC n. 61.120/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 02/05/2016; AgRg no HC n. 245.276/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo - Desembargador convocado do TJ/PE, DJe de 17/6/2015; AgRg no HC n. 308.942/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 16/4/2015; e AgRg no HC n. 309.028/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 28/5/2015.

Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

(AgRg no HC n. 909.146/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 9/9/2024, DJe de 13/9/2024.)

Assim, deve-se reconhecer a ilegalidade do acórdão quanto ao ponto, em razão da fundamentação inidônea.

Passo a redimensionar a pena.

Fixo a pena-base em 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa. Na fase intermediária, ainda que presente a circunstância atenuante da confissão

espontânea, a pena não poderia ser diminuída aquém do mínimo legal, nos termos da súmula 231/STJ. Na terceira fase da dosimetria, aplica-se a minorante do tráfico privilegiado em sua fração máxima e fixa-se a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, e pagamento de 166 dias-multa. Substituo a pena privativa de liberdade por duas restrivas de direito.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para redimensionar a pena do recorrente para 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, e pagamento de 166 dias-multa, e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a ser fixadas pelo Juízo da execução, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2024/0230830-0

REsp 2.153.120 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1501447342021 15014473420218260544 21586722021

PAUTA: 17/12/2024

JULGADO: 17/12/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. PAULA BAJER FERNANDES

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PAULO HENRIQUE ESTEVO SANTOS
ADVOGADOS : MAYARA LOURENÇO DE SOUZA SILVA - SP499692
MICAEL CASTRO ALVES - SP473241
RECORRIDO : 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 recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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