



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2791900 - DF (2024/0427486-9)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : KALEBY ISSACAR MACHADO GARDINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS (2,01G DE CRACK E 321,19G DE MACONHA). VIOLAÇÃO DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. DOSIMETRIA. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DA FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA AO PATAMAR MÁXIMO PERMITIDO. PARCIAL PROCEDÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA QUE NÃO JUSTIFICA, POR SI SÓ, A APLICAÇÃO DO REDUTOR NA FRAÇÃO MÍNIMA. EXCESSO DE RIGOR PUNITIVO. PENAS REDIMENSIONADAS A 3 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, MAIS PAGAMENTO DE 333 DIAS-MULTA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL ABERTO. SÚMULA 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, MEDIANTE AVALIAÇÃO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

Agravo regimental provido para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro, Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de fevereiro de 2025.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2791900 - DF (2024/0427486-9)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : KALEBY ISSACAR MACHADO GARDINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS (2,01G DE CRACK E 321,19G DE MACONHA). VIOLAÇÃO DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. DOSIMETRIA. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DA FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA AO PATAMAR MÁXIMO PERMITIDO. PARCIAL PROCEDÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA QUE NÃO JUSTIFICA, POR SI SÓ, A APLICAÇÃO DO REDUTOR NA FRAÇÃO MÍNIMA. EXCESSO DE RIGOR PUNITIVO. PENAS REDIMENSIONADAS A 3 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, MAIS PAGAMENTO DE 333 DIAS-MULTA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL ABERTO. SÚMULA 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, MEDIANTE AVALIAÇÃO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

Agravo regimental provido para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **Kaleby Issacar Machado Gardino**, contra a decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial por ele interposto (fls. 400/401).

Expõe o agravante, em síntese, que *uma leitura mais acurada do Agravo em Recurso Especial permite divisar claramente que os todos os fundamentos, ainda que superficiais, da decisão de inadmissibilidade, foram impugnados.* (fl. 417).

Ao final da peça recursal, pede a *reconsideração da decisão agravada, ou, ainda, a submissão do recurso à análise da Turma, para que seja dado provimento ao Recurso Especial, e consequentemente reformado o acórdão do TJDFT.* (fl. 419).

O Ministério Público Federal colacionou a impugnação de fls. 437/440, manifestando-se pelo desprovimento da insurgência.

Processo Penal. Agravo regimental em AR Esp. Tráfico de drogas. Pleito de redução da pena aplicada.

1. O agravante não impugnou o fundamento de inadmissão do recurso especial, o que faz incidir a súmula 182/STJ.

2. O entendimento adotado no acórdão do Tribunal de Justiça está em conformidade com a jurisprudência desse Tribunal superior, incidindo a súmula 83/STJ.

3. Pelo desprovimento do agravo regimental.

4. Pelo desprovimento do agravo em recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial preenche os requisitos de admissibilidade.

Ao justificar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração mínima permitida, assim dispôs a instância ordinária (fl. 303 – grifo nosso):

[...]

No tocante à fração redutora, diferentemente do pontuado pela Defesa, ainda que se possa reconhecer a causa da diminuição, não se mostra possível a aplicação do patamar máximo de 2/3.

À luz dos ditames do art. 42 da referida Lei e diante da quantidade de droga transportada pelo acusado - (05 (cinco) porções da substância). entorpecente conhecida como crack, acondicionadas em sacola/segmento plástico, perfazendo a massa líquida de 2,01g (dois gramas e um centígrama) e 01 (uma) porção da substância entorpecente conhecida como maconha, acondicionada em sacola/segmento plástico, perfazendo a massa líquida de 321,19g (trezentos e vinte e um gramas e dezenove centígramas) - resta inviabilizada a redução da pena no seu grau máximo, devendo ser fixada em 1/6, fração esta que tenho por razoável à espécie.

[...]

Com efeito, a quantidade de droga apreendida (2,01g de *crack* e 321,19g de maconha) não justifica a aplicação da fração de 1/6, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de notando excesso de rigor punitivo. Do mesmo modo, também não vejo como aplicar o redutor na fração máxima (2/3), notadamente por não considerar ínfimo o quanto apreendido em poder do recorrente.

Diante disto, aplico a fração de 1/3, e, preservados os demais termos da dosimetria da pena, a fixo em **3 anos e 4 meses de reclusão, mais pagamento de 333 dias-multa.**

A propósito:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO. PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. **CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO APLICADA EM 1/3. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. FIXAÇÃO DOS DIAS-MULTA. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

1. Apoiada a condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes em prova suficiente, o acolhimento do pedido de absolvição do delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, demanda o exame aprofundado dos fatos, o que é inviável em *habeas corpus*.

2. No caso, as instâncias ordinárias, ao verificarem o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, consideraram validamente a quantidade do entorpecente - 542 tubos de cocaína (350,9g) - para modular a fração de incidência da minorante, o que não se mostra ilegal ou desproporcional.

3. Tendo em vista que o arbitramento da pena pecuniária deve guardar simetria com a pena reclusiva, e que esta foi fixada em 3 anos e 4 meses, não há óbice legal a que a quantidade de dias-multa siga a mesma lógica e, no caso, seja fixada em 333 dias-multa.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 860.796/SE, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 20/12/2023 – grifo nosso).

Diante do quanto provido, necessário o abrandamento do cárcere.

Destaca-se que todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao agravante, sendo fixada no mínimo a pena-base do crime de tráfico de drogas por ele perpetrado (5 anos de reclusão, mais pagamento de 500 dias-multa, fl. 301).

Sendo assim, não há suporte para dar lastro à imposição de regime prisional mais severo do que permitido pelo *quantum* da pena, *ex vi* da Súmula 440/STJ.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE GENÉRICA DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. SÚMULA 440 DO STJ. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. **Hipótese em que o Juiz de primeiro grau considerou, para fins de regime prisional, favoráveis as circunstâncias judiciais, fixando o intermediário. Contudo, o Tribunal de origem estabeleceu o regime fechado sem apresentar motivação idônea.** Assentou a gravidade genérica do delito, bem como o entendimento, reiteradamente rechaçado por esta Corte, de que em casos de crime de roubo deve sempre ser imposto o regime fechado.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de garantir o início do cumprimento da pena em regime semiaberto.

(HC n. 331.754/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/11/2015 – grifo nosso).

Dessa forma, fixada a pena-base no mínimo legal (5 anos – art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006) e não ostentando o agravante antecedentes criminais, é descabida a fixação de regime mais gravoso sem a existência de fundamentação idônea, nos termos das referidas súmulas.

Por conseguinte, levando-se em consideração a penal final cominada na presente decisão, é possibilitada a imposição do regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Verifico, também, a possibilidade de se conferir a substituição da pena privativa de liberdade.

Ressalta-se que a Suprema Corte firmou entendimento quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se preenchidos os requisitos legais (HC n. 105.779, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; HC n. 97.500, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 25/6/2010 e RHC n. 109.374, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 6/12/2011).

O Supremo Tribunal Federal, também, já declarou a inconstitucionalidade da proibição à substituição da reprimenda privativa de liberdade:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO *HABEAS CORPUS* 97.256. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (ARE n. 663.261, Ministro Luiz Fux, DJe 6/2/2013 – grifo nosso).

Dessa forma, acabou por afastar a citada obrigatoriedade, possibilitando a substituição a partir da análise dos vetores do art. 33 do Código Penal (HC n. 273.942/SP, Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 6/5/2014; HC n. 240.258/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13/8/2013).

De mais a mais, colaciono o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento.

2. Hipótese em que as instâncias de origem não lograram motivar de maneira idônea o estabelecimento do regime inicial fechado, porquanto não declinaram fundamentos suficientes a justificar a eleição do regime mais gravoso, deixando de apreciar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, em patente inobservância ao princípio da individualização da pena e ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Para a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais severo que o fixado em lei é necessária motivação idônea. Inteligência das súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. A substituição da pena foi negada com base na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento nos tribunais superiores.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, bem como possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

(HC n. 315.110/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/4/2015 – grifo nosso).

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo regimental para **conhecer** do agravo para **prover parcialmente** o recurso especial, ampliando a fração relativa à causa de diminuição de pena prevista na Lei n. 11.343/2006, aplicando-a no patamar de 1/3, redimensionando as penas privativa de liberdade e pecuniária do agravante nos termos da presente decisão, abrandando o regime prisional ao aberto, possibilitando, ainda, mediante avaliação do Juízo da Execução, a substituição da pena corpórea por restritivas de direitos.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2024/0427486-9

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
AREsp 2.791.900 /
DF
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 07005905820238070001

EM MESA

JULGADO: 11/02/2025

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. SÔNIA MARIA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : KALEBY ISSACAR MACHADO GARDINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

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 : KALEBY ISSACAR MACHADO GARDINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro, Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.