SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2795286 - SP (2024/0430372-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	RENAN FERMINA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS UTILIZADAS PARA MODULAR O REDUTOR DE PENA. REGIME PRISIONAL INICIAL SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Na identificação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Assim, a modulação do redutor do tráfico privilegiado, em razão da diversidade, quantidade e nocividade das drogas apreendidas, justifica o recrudescimento do regime prisional inicial.

2. Não há ilegalidade na negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da quantidade, da natureza e da variedade das drogas apreendidas, entendimento que está em consonância com o disposto no art. 44, III, do Código Penal.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 21 de fevereiro de 2025.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

Documento eletrônico VDA45776395 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 21/02/2025 18:51:08
Publicação no DJEN/CNJ de 26/02/2025. Código de Controle do Documento: 826d1e72-3cbd-4bbc-9e80-a85f2d759c12

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2795286 - SP (2024/0430372-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	RENAN FERMINA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS UTILIZADAS PARA MODULAR O REDUTOR DE PENA. REGIME PRISIONAL INICIAL SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Na identificação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Assim, a modulação do redutor do tráfico privilegiado, em razão da diversidade, quantidade e nocividade das drogas apreendidas, justifica o recrudescimento do regime prisional inicial.
2. Não há ilegalidade na negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da quantidade, da natureza e da variedade das drogas apreendidas, entendimento que está em consonância com o disposto no art. 44, III, do Código Penal.
3. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de e-STJ fls. 437/441, de minha relatoria, em que conheci do agravo para dar provimento ao recurso especial para restabelecer a pena de 2 anos fixada na sentença condenatória, fixando o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

A defesa se insurge contra essa decisão alegando que estão presentes os requisitos para a aplicação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Documento eletrônico VDA45779777 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 21/02/2025 18:41:52
Código de Controle do Documento: 8f3deffa-80f9-45d0-876c-6b20874dcb34

Requer a reconsideração do *decisum* ou o julgamento do recurso pelo órgão Colegiado.

É o relatório.

VOTO

A despeito dos argumentos apresentados pela defesa, permanecem incólumes os fundamentos da decisão agravada.

Busca-se, no caso, a modificação do regime e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Quanto ao regime prisional inicialmente fixado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos.

Dessa forma, na espécie, o recrudescimento do regime e a não substituição da pena justificam-se pela quantidade e natureza de parte das drogas apreendidas (118 porções de cocaína, aproximadamente 118 gramas, 152 porções de Maconha, aproximadamente 240 gramas, 11 porções de lança perfume, aproximadamente 110 mililitros, e 82 porções de Crack, aproximadamente 15 gramas), elementos sopesados na terceira fase da dosimetria, razão pela qual fica mantido o regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal c/c o 42 da Lei n. 11.343/2006. Em hipóteses análogas à presente, decidiu esta Corte:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, § 2º, § 3º E 44, AMBOS DO CP E 2º DA LEI Nº 8.072/1990. I) RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DOS ELEMENTOS CONSTANTES NA SENTENÇA E NO ACÓRDÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. II) PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. REGIME SEMIABERTO E NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO QUE JUSTIFICAM AS MEDIDAS. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
> *[...]*
> *2. Esta Corte Superior de Justiça tem entendido que "a quantidade e a natureza da droga são motivos idôneos para o indeferimento do regime prisional mais brando e da substituição da pena privativa de liberdade por*

Documento eletrônico VDA45779777 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 21/02/2025 18:41:52
Código de Controle do Documento: 8f3deffa-80f9-45d0-876c-6b20874dcb34

restritivas de direitos" (AgRg no AREsp 390.914/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 17/10/2013, DJe 23/10/2013).
3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1.122.951/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 18/9/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS INIDÔNEOS. PENA IGUAL A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
[...]
5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.
6. Embora a paciente seja primária e sejam favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o modo semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena reclusiva de 4 anos, tendo em vista a quantidade do entorpecente apreendido, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP, c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.
7. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.
[...]9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto. (HC 390.603/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 14/8/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A FIXAÇÃO DAS PENAS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE PARA FIXAR A PENA-BASE E DA DIVERSIDADE PARA MODULAR A MINORANTE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO NA FRAÇÃO MÍNIMA COM BASE NA DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. DESPROPORCIONALIDADE DA FRAÇÃO APLICADA. CORRÉU EM IDÊNTICA SITUAÇÃO FÁTICO-PROCESSUAL. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 580 DO CPP. PENAS REDIMENSIONADAS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. INVIABILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato

Documento eletrônico VDA45779777 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 21/02/2025 18:41:52
Código de Controle do Documento: 8f3deffa-80f9-45d0-876c-6b20874dcb34

ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
2. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes. Precedentes.
3. Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de bis in idem.
4. Hipótese em que os fundamentos utilizados na origem para exasperar a pena-base - quantidade de entorpecentes - e para modular o redutor - diversidade das drogas - são idôneos e distintos, motivo pelo qual não há falar em ilegalidade na consideração dessas circunstâncias ou em bis in idem. Precedentes.
5. Por outro lado, revela-se desproporcional a redução mínima operada na origem, por oportunidade da aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, com base apenas na diversidade das drogas apreendidas.
6. "No caso de concurso de agentes [...], a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros" (art. 580 do CPP).
7. Hipótese em que o corréu encontra-se na mesma situação fático-processual do paciente, pois é primário, o desvalor das circunstâncias judiciais é comum e a única distinção entre eles é o fato de ter sido contemplado com a atenuante da menoridade relativa, razão pela qual a ilegalidade ora aferida lhe aproveita.
8. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para o recrudescimento do regime prisional e para negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Precedentes.
9. No caso, embora as penas tenham sido reduzidas para patamares que não excedem 4 anos de reclusão, fica mantido o regime inicial semiaberto e nego a substituição, com base na quantidade dos entorpecentes apreendidos.
10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas do paciente e do corréu, mantidos os demais termos das condenações (HC 488.755/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 15/03/2019).

Por fim, não há ilegalidade na negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da quantidade de droga apreendida, entendimento que está em consonância com o disposto no art. 44, III, do Código Penal. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO RECOMENDAM A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO E A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO NO REGIME PRISIONAL. AGRAVO DESPROVIDO.

Documento eletrônico VDA45779777 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 21/02/2025 18:41:52
Código de Controle do Documento: 8f3deffa-80f9-45d0-876c-6b20874dcb34

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos.
2. No presente caso, em atenção ao art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva do acusado em 2 anos e 6 meses de reclusão, a quantidade e natureza do entorpecente apreendido - 88,02g de cocaína - justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, e a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.
3. Tendo a pena sido fixada em patamar inferior a 4 anos, a detração não repercute no regime inicial de cumprimento da reprimenda, que foi adotado em razão da gravidade concreta da conduta.
4. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 664.158/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 24/05/2021).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DAS DROGAS. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. RECURSO NÃO PROVIDO.
1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.
2. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.
3. Hipótese em que, embora o Tribunal a quo tenha se valido da quantidade de drogas - 14 buchas de cocaína (5,30g) e um invólucro plástico contendo 35 pedras de crack (12g) - para fixar o patamar de redução em 1/6, à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente e considerando sua primariedade e seus bons antecedentes, tenho como suficiente a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, atento aos vetores do art. 42 da referida lei.
4. O regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva de 2 anos e 6 meses de reclusão, diante da valoração negativa da quantidade da droga apreendida, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.
5. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da quantidade, da variedade e da natureza das drogas apreendidas (art. 44, III, do CP).
6. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 562.200/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020).

Documento eletrônico VDA45779777 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 21/02/2025 18:41:52
Código de Controle do Documento: 8f3deffa-80f9-45d0-876c-6b20874dcb34

Assim, as pretensões formuladas pelo impetrante encontram óbice na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça e na legislação penal, de forma que não vislumbro constrangimento ilegal apto a justificar a atuação desta Corte, de ofício.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

Documento eletrônico VDA45779777 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 21/02/2025 18:41:52
Código de Controle do Documento: 8f3deffa-80f9-45d0-876c-6b20874dcb34

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0430372-8

AgRg no AREsp 2.795.286 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15020633320218260536

EM MESA

JULGADO: 18/02/2025

Relator
Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	RENAN FERMINA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO	:	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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	:	RENAN FERMINA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Documento eletrônico VDA45720451 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 19/02/2025 16:17:31
Código de Controle do Documento: 8ED9CEC5-EAC8-4142-B7F0-A981A24C368B