



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2800217 - RO (2024/0440478-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : ITALO GABRIEL AVELINO DA COSTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO. PENA-BASE, REDUÇÃO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O Tribunal *a quo*, em decisão devidamente motivada, entendeu que, do caderno instrutório, emergiram elementos suficientemente idôneos de prova, colhidos nas fases inquisitorial e judicial, aptos a condenar o acusado pelo delito de tráfico. Assim, rever os fundamentos utilizados pela Corte de origem, para concluir pela desclassificação do crime para a conduta do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, como requer a defesa, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula n. 7/STJ.

2. Em relação à pena-base, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, sendo necessária a concessão de ofício de *habeas corpus*.

3. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual 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. No presente caso, a quantidade total do entorpecente apreendido (78 porções totalizando 9g de crack) não justifica a majoração da pena-base, apesar de sua natureza altamente deletéria, por não extrapolar o tipo penal, devendo ser afastado tal fundamento.

4. Agravo conhecido para não conhecer do recurso especial. Concedido *habeas corpus* de ofício para reduzir a pena-base.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo para não conhecer do recurso especial, contudo conceder *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro

Relator.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 24 de março de 2025.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2800217 - RO (2024/0440478-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : ITALO GABRIEL AVELINO DA COSTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO. PENA-BASE, REDUÇÃO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O Tribunal *a quo*, em decisão devidamente motivada, entendeu que, do caderno instrutório, emergiram elementos suficientemente idôneos de prova, colhidos nas fases inquisitorial e judicial, aptos a condenar o acusado pelo delito de tráfico. Assim, rever os fundamentos utilizados pela Corte de origem, para concluir pela desclassificação do crime para a conduta do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, como requer a defesa, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula n. 7/STJ.

2. Em relação à pena-base, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, sendo necessária a concessão de ofício de *habeas corpus*.

3. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual 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. No presente caso, a quantidade total do entorpecente apreendido (78 porções totalizando 9g de crack) não justifica a majoração da pena-base, apesar de sua natureza altamente deletéria, por não extrapolar o tipo penal, devendo ser afastado tal fundamento.

4. Agravo conhecido para não conhecer do recurso especial. Concedido *habeas corpus* de ofício para reduzir a pena-base.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto por ITALO GABRIEL AVELINO DA COSTA, em adversidade à decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra

acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 290):

APELAÇÃO CRIMINAL. IRÁFICO DE DROGAS. INSUFICIÊNCIA DE PROVA. AFIAMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGA PARA USO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE. DEMONSTRAÇÃO DA TRAFICÂNCIA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/10 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. IN APLICABILIDADE. CONTRARIEDADE À ORIENTAÇÃO DO E. STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A mera negativa isolada nos autos não tem o condão de afastar a atividade de traficância quando o arcabouço probatório evidencia a mercancia. 2. Orienta o E. STJ que, não havendo fundamento que justifique fração maior, existindo circunstância judicial desfavorável deve ser obedecida a fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada uma delas. Precedentes. (STJ - AgRg no HC: 730704 SP 2022/0080394-6, Data de Julgamento: 19/04/2022, T5 - QUINIA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/04/2022). 4. Recurso não provido.

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 306/314), fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, alega a parte recorrente violação dos artigos 28 e 33 da Lei n. 11.343/2006. Sustenta a desclassificação do crime para a conduta do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 316/3229), o Tribunal *a quo* não admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 323/324), tendo sido interposto o presente agravo (e-STJ fls. 329/336).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo não provimento do agravo em recurso especial (e-STJ fls. 363/369).

É o relatório. Decido.

VOTO

Preenchidos os requisitos formais e impugnado o fundamento da decisão agravada, conheço do agravo.

O recurso não merece acolhida.

O Tribunal *a quo*, em decisão devidamente motivada, entendeu que, do caderno instrutório, emergiram elementos suficientemente idôneos de prova, colhidos nas fases inquisitorial e judicial, aptos a condenar o acusado pelo delito de tráfico, conforme trecho abaixo (e-STJ fls. 287/288):

Relativamente à desclassificação do crime de tráfico de drogas para posse de entorpecentes para consumo pessoal, é certo que o delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06 possui vários núcleos, de modo que é suficiente a

prática de qualquer um dos verbos previstos no mencionado dispositivo, dentre elas a de “vender”, “entregar a consumo”, “oferecer droga”, “guardar”, “ter em depósito” e “trazer consigo”, para sua configuração.

Assim, por ser crime de ação múltipla, a sua consumação é configurada com a prática de qualquer dos verbos neles descritos, inclusive ter em “adquirir” (o apelante confirmou que adquiriu) e trazer consigo (o recorrente estava na posse da droga apreendida no momento em que fora abordado pela Polícia), sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização.

[...]

Ainda, não se pode olvidar que a Lei 11.343/069 não exige que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente, bastando que as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotem a traficância para a caracterização do crime.

Sem maiores digressões, no caso concreto, o recorrente foi preso em flagrante numa região que, segundo aduzido pelas testemunhas, é conhecida pela Polícia como área de comercialização de drogas, na posse de 78 (setenta e oito) pequenas porções de crack/cocaína, quantidade e separação compatíveis com a mercancia, sendo que, ao avistar a guarnição de Polícia Militar, assustou-se e tentou evadir-se do local, tendo lançado algo (que não explicou o que era e nem foi encontrado na ocasião do fato) antes de ser alcançado pelos policiais.

Outrossim, registre-se que o apelante, durante a persecução penal, não apresentou qualquer prova capaz de embasar seu alibi - que a droga era para uso pessoal -ou demonstrar o mínimo de verossimilhança de suas alegações, de modo que suas argumentações, de per si, não servem para livrá-lo da responsabilização criminal pelo delito cometido.

Não restam dúvidas de que, diante do conjunto probatório dos presentes autos, consubstanciado, sobretudo nas peculiaridades do caso e somadas à prova oral, a finalidade dos entorpecentes apreendidos ia além do uso exclusivo.

Assim, pelo acervo probatório destes autos, entendo que autoria do crime de tráfico de entorpecente, imputado ao apelante, está devidamente comprovada, não havendo que se falar em insuficiência de prova para a condenação pelo tráfico, tampouco em desclassificação para posse de droga para uso pessoal (Lei nº 11.343/06, art. 28).

Assim, rever os fundamentos utilizados pela Corte de origem, para concluir pela desclassificação do crime para a conduta do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, como requer a defesa, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula n. 7/STJ.

Em relação à pena-base, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, sendo necessária a concessão de ofício de *habeas corpus*.

No tocante à fixação da reprimenda inicial acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. Precedentes: HC n. 272.126/MG, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 17/3/2016; REsp n. 1.383.921/RN, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015; HC n. 297.450/RS, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014.

No ponto, o Tribunal a quo, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, utilizou a natureza da droga apreendida (*crack*).

Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual 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. Precedentes: AgRg no HC n. 818.672/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 22/5/2023; AgRg no AREsp n. 1.654.908/RN, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 19/5/2023; AgRg no AREsp n. 2.229.468/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 15/5/2023; AgRg no HC n. 798.793/SP, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023; AgRg no HC n. 784.101/SC, Relator Ministro MESSOD AZULAY NETO, Quinta Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 12/5/2023; AgRg nos EDcl no REsp n. 1.955.005/SC, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 24/4/2023.

No presente caso, a quantidade total do entorpecente apreendido (*78 porções totalizando 9g de crack*) não justifica a majoração da pena-base, apesar de sua natureza altamente deletéria, por não extrapolar o tipo penal, devendo ser afastado tal fundamento.

Passo a refazer a dosimetria do acusado, mantidos os critérios das instâncias de origem.

Na primeira fase, mantido o desvalor da conduta social, fixo a reprimenda em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa. Na segunda fase, compensada a atenuante da confissão com a agravante da reincidência. Na terceira fase, não havendo causas de aumento e/ou diminuição, fica a reprimenda definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso III, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea *a*, parte final, do RISTJ, conheço do agravo para não

conhecer do recurso especial. Concedo *habeas corpus* para reduzir a pena-base, redimensionando a pena do acusado para 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0440478-3

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.800.217 /
RO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 70023538420238220005

EM MESA

JULGADO: 20/03/2025

Relator

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

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 : ITALO GABRIEL AVELINO DA COSTA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

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 para não conhecer do recurso especial, contudo concedeu habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS) votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.