

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.380.366 - SP (2018/0273493-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**AGRAVANTE** : **GABRIEL SOARES AMARAL DA PIEDADE**  
**ADVOGADOS** : **TANIA CRISTINA OLIVEIRA DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA**  
**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**AGRAVADO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto por GABRIEL SOARES AMARAL DA PIEDADE contra decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu recurso especial interposto com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional.

Depreende-se dos autos que o agravado foi condenado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Sobre os fatos, extrai-se da inicial acusatória o seguinte (e-STJ fl. 60):

*Consta dos inclusos autos de inquérito policial que em 04 de junho de 2016, por volta das 21h20m, na Avenida Waldemar Leão, 140, Vila Mathias, Santos, GABRIEL SOARES AMARAL DA PIEDADE, qualificado na p. 13, e o adolescente Renzo Gazano, associaram-se para o fim de praticar o crime previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06 e ato infracional análogo.*

*Consta também que na mesma hora e local o referido denunciado corrompeu o adolescente Renzo Gazano, com ele praticando infração penal.*

*Consta também que na mesma hora e local, o referido denunciado e o adolescente corrompido traziam com eles 122 pinos de cocaína, com peso aproximado de 110g, 35 embalagens de plástico contendo maconha, pesando aproximadamente 20g e 160 pedras de "crack", pesando aproximadamente 25g, conforme se observa do auto de constatação de pps. 7/8. (Grifei.)*

A apelação defensiva foi desprovida pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 280/295).

Daí o recurso especial, no qual a defesa apontou negativa de vigência ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e aos arts. 33, §§ 2º e 3º, 59 e 44, todos do Código

Penal, requerendo o reconhecimento do tráfico privilegiado, o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Inadmitido o recurso na origem, os autos subiram a esta Corte Superior por força de agravo.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (e-STJ fls. 384/386).

É o relatório.

Decido.

Suficientemente impugnados os fundamentos da decisão agravada e presentes os pressupostos processuais, conheço do agravo.

Vejo, no entanto, que a irresignação não merece prosperar. É que a jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem elementos aptos a justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

***RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL AUTÔNOMA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.***

*1. O próprio art. 42 da Lei n. 11.343/2006 evidencia a existência de duas circunstâncias (natureza e quantidade da substância ou do produto) - também previstas no revogado art. 37 da Lei n. 6.368/1976 - que devem, agora, ser consideradas com preponderância sobre o disposto no art. 59 do Código Penal.*

*2. A natureza e a quantidade da substância ou do produto podem ser sopesadas, na primeira fase da individualização da pena, como circunstâncias autônomas ou ser valoradas dentro de uma das oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal - a título, por exemplo, de culpabilidade desfavorável ou de circunstâncias desfavoráveis do crime -, sendo certo que tal escolha (se serão autônomas ou não) cabe ao Juiz da causa, dentro da sua discricionariedade juridicamente vinculada.*

*3. Alternativamente, é possível que referidas circunstâncias - natureza e quantidade da substância ou do produto - sejam sopesadas na terceira etapa da dosimetria da pena, seja para afastar a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.*

*11.343/2006 (quando a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, for hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas), seja para balizar a escolha do patamar de redução da reprimenda, vedada, em todos os casos, a ocorrência de bis in idem.*

*4. Uma vez que os recorridos foram apreendidos com elevada quantidade de drogas (quase 1 kg de maconha), assiste razão ao Ministério Público ao sustentar a impossibilidade de a pena-base ser fixada no mínimo legal.*

*5. Recurso especial provido para, reconhecida a violação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, concluir pela desfavorabilidade da circunstância relativa à quantidade de drogas apreendidas e, por conseguinte, exasperar a reprimenda dos acusados, nos termos do voto do relator. (REsp 1596760/RN, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/9/2016, DJe 4/10/2016, grifei.)*

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO LEGAL RELATIVO À NÃO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. PLEITO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

*1. Esta Corte de Justiça Superior tem asseverado que a expressiva quantidade e a natureza do entorpecente apreendido em poder do acusado constitui circunstância hábil a impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, a depender das peculiaridades da hipótese concreta. In casu, trata-se de apreensão de 27 cápsulas de crack e 37 decigramas de cocaína, circunstância esta que impede a aplicação do mencionado redutor de pena.*

*2. A ausência de indicação do dispositivo violado enseja a aplicação do enunciado nº 284 do Pretório Excelso, pois caracteriza deficiência na fundamentação, o que dificulta a compreensão da controvérsia.*

*3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1345725/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 1/4/2014, DJe 14/4/2014, grifei.)*

No caso, acerca da dosimetria da pena, consta do acórdão recorrido (e-STJ fls. 291/295):

*No tocante à reprimenda imposta, a r. sentença não demanda reparo.*

*O douto magistrado a quo aplicou a pena base exasperada de 1/6, pela expressiva quantidade de entorpecentes, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06, o que mantenho, totalizando, nesta etapa, cinco anos e dez meses de reclusão mais pagamento de quinhentos e oitenta e três dias multa no mínimo legal a diária.*

*Na segunda fase, pela atenuante da menoridade relativa, a pena retornou ao mínimo legal.*

*Na terceira fase, presente a causa de aumento prevista no inciso VI do artigo 40 da Lei 11.343/06, a pena foi exasperada em 1/6, totalizando nesta fase cinco anos e dez meses de reclusão mais pagamento de quinhentos e oitenta e três dias multa, sendo certo que era de rigor o reconhecimento dessa causa de aumento de pena, já que bem comprovado que o acusado envolveu a adolescente no delito de tráfico, sendo irrelevante se o menor já tenha estado envolvido em delitos dessa natureza. Nesse sentido:*

*[...]*

*Assim, ausentes outras causas de modificação de pena, sendo certo que o redutor previsto no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06 não é aplicável tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, mormente a expressiva quantidade de entorpecentes, o envolvimento de adolescente na prática delitiva, os relatos policiais de que já abordaram o acusado no local, conhecido como ponto de tráfico, a não comprovação de trabalho lícito, tudo a denotar que não se trata de criminoso ocasional, a reprimenda quanto ao delito de tráfico restou totalizada em cinco anos e dez meses de reclusão mais pagamento de quinhentos e oitenta e três dias multa, no mínimo legal a diária.*

*No caso em comento, considero também incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*

*Isto porque, não obstante a edição da Resolução nº 5, de 15/02/2012, e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 pelo C. STF, nos autos do HC 97256/RS, na parte em que "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", pelas circunstâncias do caso concreto, não se mostra socialmente recomendável a referida substituição, com a observação de que o apelante, com sua conduta reprovável, procurava difundir e disseminar o uso de drogas, que, na maioria das vezes, atinge pessoas jovens, arruinando suas vidas futuras e famílias. Ademais, o quantum da pena não permite tal substituição, a teor do artigo 44, inciso I do Código Penal.*

*Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, o D. Magistrado da primeira instância fixou o regime inicial fechado, decisão que não merece reparo.*

*Isto porque, pela pena imposta, e de acordo com a letra fria da lei (art. 33, §2º, b, do Código Penal), poderia o cumprimento dar-se em regime mais brando.*

*No entanto, o artigo 42 da Lei 11.343/06 não se mostra inteiramente favorável, de modo que, sendo crime grave, merece tratamento mais*

*rígido, fator inclusive pugnado pela própria Carta Magna, e que promove a própria individualização da pena, também direito fundamental, não há outro regime a ser imposto, senão o fechado, com escopo, ainda no artigo 33, §3º do Código Penal.*

*De outro lado, a gravidade do delito é concreta (não sendo o caso de incidência da Súmula nº 440 do STJ), em razão da expressiva quantidade da droga apreendida, que traz efeitos nefastos aos usuários, dilacerando inúmeras famílias, de modo que, mais uma vez pautado na individualização da pena, e com supedâneo na isonomia em sua acepção material, e afim de que a Constituição, neste particular, não seja letra morta (força normativa), não há outro regime a ser imposto, senão o fechado, particularidade na qual a r. decisão guerreada fica mantida.*

Ademais, segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem, outrossim, fundamentos idôneos para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Confirmam-se:

***PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (29 PEDRAS DE CRACK). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.***

*1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.*

*2. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo legal, constituindo, outrossim, justificativa para a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.*

*3. Todavia, embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 1 ano e 8 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.*

4. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva. (HC 337.305/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/5/2016, DJe 25/5/2016, grifei.)

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE. PLEITO DE APLICAÇÃO DA REDUTORA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM O ESTABELECIMENTO DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão das circunstâncias do crime e da natureza da droga.

- Inexiste constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do writ.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

- No caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão, em razão das circunstâncias do crime e da nocividade da droga apreendida, o regime mais gravoso foi devidamente fundamentado, nos moldes do art. 33, § 3º,

# *Superior Tribunal de Justiça*

## DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

Edição nº 2615 - Brasília, Disponibilização: Quarta-feira, 20 de Fevereiro de 2019 Publicação: Quinta-feira, 21 de Fevereiro de 2019

*do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*

- *Habeas corpus não conhecido.* (HC 321.301/MS, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/4/2016, DJe 15/4/2016, grifei.)

Ante o exposto e tendo em vista que o entendimento consignado pelo Tribunal de origem está de acordo com a orientação sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, **conheço do agravo para negar provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

