

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.803.950 - SP (2019/0082218-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**RECORRENTE** : ANDREZA RAMOS DA SILVA OLIVEIRA (PRESA)  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
BRUNO SHIMIZU - DEFENSOR PÚBLICO - SP281123  
**RECORRIDO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por ANDREZA RAMOS DA SILVA OLIVEIRA, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado:

*Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06). Crime caracterizado, integralmente. Provas seguras de autoria e materialidade. Flagrante inquestionável. Posse, acondicionamento, quantidade e variedade da droga que revelam comércio. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Militares. Confissão em Juízo, ademais. Inexistência de fragilidade probatória. Acervo probatório constante dos autos. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento criterioso, impassível de alterações. Inaplicabilidade do art. 33, § 4º. Pecuniária que não comporta redução. Regime inicial fechado único possível. Substituição da corporal incabível. Inaplicabilidade da detração penal. Apelo improvido, com expedição de mandado de prisão (e-STJ fl. 249).*

Aponta a defesa violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, alegando, em síntese, que a recorrente preenche os requisitos para o reconhecimento do tráfico privilegiado, sobretudo porque as circunstâncias judiciais lhes são favoráveis e não há evidências de que se dedique a atividade ilícita. Pede a alteração do regime prisional para o meio aberto e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 351/366), o recurso foi admitido (e-STJ fls. 371/372), manifestando-se o Ministério Público Federal, nesta instância, pelo desprovimento do recurso especial (e-STJ fls.

427/432).

É o relatório. Decido.

Os elementos existentes nos autos noticiam que o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao apelo defensivo e manteve a sentença que condenou a recorrente à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, pelo cometimento do crime do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06.

Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

No caso dos autos, as instâncias ordinárias não aplicaram a minorante ao entendimento de que a droga apreendida tem vulneroso poder entorpecente (e-STJ fl. 256).

Contudo, o fundamento não deve prevalecer, tendo em vista que a quantidade da droga - 25 invólucros plásticos de cocaína, com peso de 15,5 gramas; e 22 papérolas de maconha, com peso de 33,5 gramas - não se mostra exorbitante para justificar, de forma isolada, o afastamento da benesse.

A propósito:

*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.*

*1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.*

*2. Em razão da natureza da droga apreendida, torna-se inviável*

*a incidência da causa de diminuição em seu patamar máximo, mostrando-se razoável e proporcional ao caso concreto a aplicação da benesse na fração de 1/3 (um terço).*

*(...)*

*2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e multa, alterar o regime inicial para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem designadas pelo Juiz Criminal competente. (HC n. 407.857/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/9/2017, DJe 27/9/2017)*

Nesse panorama, viável a aplicação do redutor em sua fração intermediária. Nesse sentido, também já decidiu esta Corte:

*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.*

*1. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.*

*2. Atendidos os pressupostos legais à aplicação do benefício, imperiosa a mitigação da pena nos termos do supracitado dispositivo legal.*

*3. Assim, tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a quantidade de droga apreendida, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 1/2 (metade).*

*4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de redimensionar a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 250 dias-multa. (HC n. 368.154/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 17/4/2017)*

Nesse contexto necessária a realização de nova dosimetria da pena.

Mantendo-se os cálculos já efetuados na origem e agora com o reconhecimento do privilégio na fração de ½ (metade), a pena final fica estabelecida em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

O regime prisional adequado à espécie é o aberto, considerando o *quantum* da pena aplicada e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Nessa linha:

*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.*

[...]

*TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADA À PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO E PARA A NEGATIVA DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. ESTABELECIMENTO DO MODO ABERTO PARA A EXECUÇÃO DA REPRIMENDA RECLUSIVA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.*

- 1. O Supremo Tribunal Federal, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.*
- 2. Por sua vez, este Superior Tribunal de Justiça, por meio do enunciado 440 da respectiva Súmula, consignou que, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".*
- 3. Na espécie, tratando-se de condenada à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, primária e de bons antecedentes, com quem foi apreendida quantidade de substâncias tóxicas que não se revela expressiva ou elevada, impõe-se o estabelecimento do*

*regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade, bem como a sua substituição por sanções restritivas de direitos.*

*2. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade cominada à paciente, substituindo-a por reprimendas restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo competente. (HC n. 484.184/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 12/3/2019, DJe 19/3/2019)*

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.**

*1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga - 38,1g de maconha -, legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, 2/3.*

*2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.*

*3. Situação concreta em que praticado o crime de tráfico de drogas com a pena final inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sendo possível a fixação do regime aberto, diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas e da quantidade de droga apreendida.*

*4. Pelas mesmas razões, e tendo em vista a aplicação da minorante prevista no parágrafo 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.*

*5. Ordem de habeas corpus concedida para confirmar a liminar e fixar o regime inicial aberto para o cumprimento de pena, bem como redimensionar as penas do Paciente em 1 (ano) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido, e conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas*

*pelo Juízo da Execução Penal.* (HC n. 471.171/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 5/2/2019, DJe 19/2/2019)

Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a recorrente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo da Execução Penal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso V, alínea "a", do CPC, no art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ, e na Súmula n. 568/STJ, **dou provimento ao recurso especial** para fixar a pena da recorrente em 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, substituída a reprimenda corporal por restritiva de direitos a ser especificada pelo Juízo da Execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator