RECURSO ESPECIAL Nº 1.788.759 - SP (2018/0338827-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	G H DE M DE B (PRESO)
ADVOGADO	:	OTÁVIO ALVES GARCIA - DEFENSOR DATIVO - SP035442
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por G. H. DE M. DE B., fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0003047-85.2017.8.26.0066 , com a seguinte ementa (e-STJ fl. 476):

> *Tráfico de drogas. Apreensão de 8 porções de cocaína, contendo aproximadamente 6,57g. Sentença procedente à acusação. Recurso da defesa. Pedido absolvição do crime de tráfico por insuficiência de provas ou desclassificação para a conduta tipificada no art. 28 da Lei de Tóxicos. Inocorrência. Acervo probatório que revela envolvimento do sentenciado com a traficância. Requerimento de aplicação do redutor legal. Inviabilidade. Ausência de requisito indispensável à benesse. Regime fechado adequadamente imposto. Impossibilidade de conversão das reprimendas corporais em alternativas. Negado provimento ao recurso.*

Consta dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, como incurso nas penas do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 382-388).

Contra a mencionada decisão a defesa manejou apelação, tendo o TJSP negado-lhe provimento (e-STJ fls. 475-499).

Nas razões do recurso especial, além de divergência jurisprudencial, o recorrente aponta violação ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois as instâncias de origem afastaram o redutor apenas com base nas informações de policiais que atuavam habitualmente no comércio ilícito de drogas, e aos arts. 33, § 2º, "b", e 59, ambos do Código Penal, pela fixação do regime mais severo, apesar da pena fixada no mínimo legal e das circunstâncias judiciais favoráveis.

Requer seja aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e que seja fixado o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Contrarrazoada a insurgência (e-STJ fls. 570-586), após o juízo prévio de admissibilidade, os autos ascenderam a este Superior Tribunal.

Em parecer (e-STJ fls. 600-603), o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

Acerca da possibilidade de aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 33, § 4° da Lei n. 11.343/2006, o juízo sentenciante assim se manifestou (e-STJ fl. 387):

> *[…]*
> *Na terceira fase da dosimetria é incabível a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4°, da lei de drogas, pois a benesse legal em questão é prevista e aplicável aos traficantes eventuais, primários, de bons antecedentes e que não se dediquem, por óbvio, às atividades criminosas, o que não é o caso do réu.*
> *Do que se apurou nos autos ele possui largo envolvimento com o tráfico de drogas, sendo responsável pela distribuição de entorpecentes em dois bairros dessa cidade.*
> *O investigador Luigi destacou com pormenores os elementos de convicção que indicam esse envolvimento e também que o réu é conhecido pela movimentação de cafeína e ácido bórico, substâncias sabidamente utilizadas no refino de cocaína.*
> *Não é, portanto, um traficante ocasional. Não é um criminoso eventual, não obstante sua primariedade. É indivíduo acostumado ao mundo do crime, disseminador de entorpecentes nessa cidade e que responde, inclusive, a outro processo criminal pela prática do mesmo delito.*
> *[…]*

Outrossim, ficou assentado pela Corte *a quo*, *ipsis litteris* (e-STJ fls. 484-485) :

> *[…]*
> *A incidência da minorante está condicionada ao preenchimento cumulativo dos requisitos legais, quais sejam, primariedade, bons antecedentes e que o agente não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.*
> *Respeitosamente, em que pese a quantidade de entorpecentes não ser excessiva, temos que a prova circunstancial coligida aos autos revela que a conduta do sentenciado ultrapassa a do traficante ocasional.*
> *Não passou despercebida investigação policial apontando a traficância exercida pelo réu na cidade e o depoimento do investigador de polícia afirmando a atuação habitual do acusado com o comércio proscrito, circunstâncias denotadoras de que ele incorporou-se à organização criminosa*
> *Consoante mencionado pelo MM. Juiz, S. Exa., o increpado*
> *Não é, portanto, um traficante ocasional. Não é um criminoso eventual, não obstante sua primariedade. É indivíduo acostumado ao mundo do crime, disseminador de entorpecentes nessa cidade e que responde, inclusive, a outro processo criminal pela prática do mesmo delito (fls. 105/106)" (sic) (fl. 387).*

Na espécie, infere-se dos autos que a Corte *a quo*, atenta às circunstâncias fáticas da causa, deixou de aplicar a redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 por entender evidenciada a participação do acusado em organização criminosa.

Destarte, o entendimento do Tribunal de origem pela participação do

acusado em organização criminosa diante do *modus operandi* do delito, sobretudo diante de outras circunstâncias do caso concreto, encontra-se em harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A propósito, vejam-se (grifos acrescidos):

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HERÓICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ESTREITA DO WRIT. PEDIDOS DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL PARA O ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PREJUDICADOS.*
> *(...)*
> ***2. Nos termos do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. A razão de ser do chamado tráfico privilegiado consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida.***
> ***3. Mantém-se o não reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que as instâncias de origem entenderam que as circunstâncias da prática delituosa evidenciam que o paciente integra organização criminosa e se dedica a atividades criminosas.*** *Por outro lado, a desconstituição do entendimento adotado na origem demandaria a incursão no suporte fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o habeas corpus.*
> *(...)*
> *5. Habeas corpus não conhecido. (HC 356.185/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016 - grifou-se)*
>
> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> *(...)*
> ***3. A instância ordinária afastou a incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu à atividade criminosa.*** *A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos*

> *e provas, inviável no rito eleito.*
> *Habeas corpus não conhecido. (HC 402.260/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017)*

Desse modo, por se encontrar o acórdão proferido no recurso de apelação em consonância com jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão do agravante esbarra no óbice previsto no enunciado 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional.

Ademais, admitir o recurso no intuito de alterar as conclusões da competente instância revisora, que, após a análise dos elementos colhidos no curso da ação penal, concluiu pela dedicação do réu à atividade criminosa, não encontra espaço na via eleita, dado que seria necessário o revolvimento do contexto fático-probatório, providência exclusiva das instâncias ordinárias, inviável na via eleita, conforme já assentado pelo enunciado 7 da Súmula desta Corte.

Nesse norte (grifos acrescidos):

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. RECORRENTES QUE JÁ POSSUÍAM ENVOLVIMENTO COM A ATIVIDADE CRIMINOSA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. RECURSO DESPROVIDO.*
> ***1. Estando evidenciado nos autos que as recorrentes já possuíam envolvimento com a atividade criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via do recurso especial.***
> *(...)*
> *3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 966.002/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 05/10/2016)*
>
> *PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PELO TRIBUNAL A QUO. QUANTIDADE DE DROGA E OUTROS ELEMENTOS. INDICATIVOS DE DEDICAÇÃO EM ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO (EN. 7/STJ). AGRAVO IMPROVIDO.*
> ***1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciada a dedicação à atividade criminosa.***
> ***2. Hipótese que o Tribunal de origem negou a aplicação do benefício em virtude das circunstâncias do caso, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na***

> ***estreita via do especial, nos termos da Súmula 7/STJ.***
> *3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1578508/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017)*
>
> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. (...). REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSEVERA QUE O DOCUMENTO FALSO FOI APRESENTADO DUAS VEZES. RECONHECIDA A CONTINUIDADE DELITIVA. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.*
> *(...)*
> ***3. Afastada a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, por haver indicativos de que o réu dedicava-se a atividades criminosas, revela-se inviável a pretensão recursal, no ponto, ante o óbice prescrito pela Súmula 7/STJ.***
> *(...)*
> *5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 869.325/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016)*

Relativamente ao regime prisional, o Tribunal *a quo* fixou o regime inicial fechado com fundamento na gravidade abstrata do delito, consoante o seguinte excerto (e-STJ fl. 490-493) :

> *[...]*
> *Impossível olvidar a natureza da infração e os males que a mesma provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta. O art. 33, § 3° do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador*
> *(...)*
> *Segundo a literatura médica, a reação letal ou não letal da cocaína em usuários depende de variados aspectos. Doses consideradas pequenas, cerca de 0,02g, podem ser suficientes para esse efeito (cf. Delton Croce e Delton Croce Júnior, Manual de Medicina Legal, 5a ed., Saraiva, 2004, pág. 636). Logo, aprendidas 283,9g, teremos cerca de 14.195 doses letais (excessivas ou insuportáveis) ao usuário. Até porque o uso continuado de cocaína provoca o "enfraquecimento das funções psíquicas em geral, cansaço, irritabilidade, inquietação e insatisfação" (cf.*

> *Edevaldo Alves da Silva, Tóxicos, la ed., Bushatsky, 1979, pág. 82).*
> *(...)*
> *Oportuno destacar que, em matéria jornalística veiculada na Folha de S. Paulo do dia 31.5.2015, noticiou-se estudo indicativo de que ao menos 1.685 pessoas morreram no Est. de S. Paulo em 2013 após terem consumido cocaína, uma média de cinco óbitos diários.*
> *(...)*
> *Deste modo, não se há mitigar o regime prisional eleito na r. decisão.*

Consoante entendimento firmado por esta Corte de Justiça, não se admite a imposição de regime mais gravoso do que o previsto para o *quantum* de pena aplicada apenas em razão da gravidade abstrata do delito, conforme entendimento consolidado no enunciado 718 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO ÀS PENAS DE 2 ANOS E 11 MESES DE RECLUSÃO E MULTA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *(...)*
> *- 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.*
> *- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.*
> *(...)*
> *- Embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.*
> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.*
> *(HC 328.431/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 11/03/2016)*
>
> *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. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FUNDAMENTO TAMBÉM COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. 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.

(...)

2. Desde o julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI) foi declarada inconstitucional, incidenter tantum, pelo Plenário do STF a previsão legal (art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo as regras do art. 33 do CP ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, não subsistindo, outrossim, a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista na parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido declarado inconstitucional o dispositivo, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com a edição da Resolução 05/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal.

3. A quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida também constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

4. Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal.

Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(HC 344.756/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 19/04/2016)

Na hipótese, ao recorrente foi imposta sanção definitiva inferior a 8 anos, sendo certo que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP foram reputadas favoráveis, situação que, à luz dos parâmetros previstos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, autoriza a fixação do regime mais brando para o início do cumprimento da pena.

Sendo assim, considerando a quantidade de pena aplicada, 5 anos de reclusão, e a falta de fundamentação idônea, o recorrente faz jus ao regime inicial

semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP.

A substituição da pena ficou inviabilizada diante do descumprimento do critério objetivo, *ex vi* do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dá-se parcial provimento ao recurso especial** tão somente para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator