

**HABEAS CORPUS Nº 519.643 - SP (2019/0193045-5)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**DIEGO REZENDE POLACHINI - SP309628**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : RONE MARCO DE ANDRADE JUNIOR (PRESO)**  
**OUTRO NOME : RONE MARCOS DE ANDRADE JÚNIOR**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de RONE MARCO DE ANDRADE JUNIOR, outro nome RONE MARCOS DE ANDRADE JÚNIOR, em face do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fl. 178):

TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE DE ENTORPECENTES PARA USO PESSOAL NÃO ACOLHIMENTO - MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS FINALIDADE MERCANTIL COMPROVADA PLEITOS SUBSIDIÁRIOS DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO, FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS INCABÍVEL - REGIME INICIAL FECHADO É O ÚNICO ADEQUADO À REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME - RECURSO NÃO PROVIDO.

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PRETENDIDA A EXASPERAÇÃO DA PENA APLICADA NA 1ª FASE DA DOSIMETRIA E AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 PARCIAL ACOLHIMENTO PENA-BASE MANTIDA, MAS ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS REVELA DEDICAÇÃO HABITUAL FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO NECESSIDADE RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Consta nos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 166 dias-multa.

Inconformado, o *Parquet* Estadual interpôs o recurso de apelação, que foi parcialmente, provido pelo Tribunal local, majorando a pena em 5 anos de reclusão e estabelecendo o regime inicialmente fechado.

Irresignada, a defesa opôs Embargos de declaração, que, por maioria,

# Superior Tribunal de Justiça

foi rejeitado.

Daí o presente *writ*, em que sustenta o impetrante, em síntese, a ausência de fundamentação concreta para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, principalmente por lhe serem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Sustenta, ainda, que, após a aplicação da minorante, deve ser readequado o regime aplicado e deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Sustenta, por fim, de forma subsidiária, que a imposição de regime prisional mais gravoso foi sem fundamentação idônea.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem constitucional para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ou, subsidiariamente, a fixação de regime menos gravoso.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

O Ministério Público manifestou-se pelo *não conhecimento do habeas corpus*.

É o relatório.

DECIDO.

Acerca dos pedidos de aplicação da causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, de fixação de regime mais brando e de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, o Juízo de 1º grau assim se pronunciou (fl. 35):

Passo à dosimetria da pena.

Quanto ao réu Rone:

**Atendendo às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, fixo-lhe a pena no mínimo legal.**

Na segunda fase, imperioso reconhecer a atenuante da confissão, além daquela referente ao fato de o réu ser menor de 21 anos na data dos fatos. No entanto, impossível que, nessa fase, a pena se reduza abaixo do mínimo legal. Cabível o privilégio do parágrafo quarto do art. 33, Lei 11.343/06, de maneira reduzo a pena em dois terços.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva, a fim de condenar LUCAS VITORIANO DA SILVA e RONE MARCO DE ANDRADE JÚNIOR, qualificados nos autos, como incurso no art.

33, caput da Lei 11.343/06, do Código Penal, ao cumprimento de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixados no mínimo legal.

A pena será cumprida inicialmente em regime semiaberto, considerando a quantidade de pena aplicada.

No concernente ao pleito de aplicação da minorante especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tem-se que a Corte de origem manifestou-se, em sede de

# *Superior Tribunal de Justiça*

apelação, nos seguintes termos (fls. 91/94):

Dosimetria

Atento às circunstâncias judiciais, a pena-base foi fixada na primeira fase no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

**Como a quantidade de drogas é expressiva, mas, tratando-se somente de maconha e não é exacerbadamente comprometedora da saúde pública, entendo não deva ser acolhido o pleito do Ministério Público de exasperação da pena-base.**

Na segunda fase, embora presente a atenuante da confissão espontânea, em relação a ambos os acusados, inviável sua aplicação para reduzir a reprimenda para patamar aquém do mínimo legal, a teor da Súmula nº 231, do Col. STJ: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” Na terceira fase, comporta acolhimento o recurso do Ministério Público para afastar a aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/09.

**A expressiva quantidade de drogas apreendidas em poder dos acusados mostra-se como circunstância idônea para impedir a aplicação do benefício do redutor, uma vez denotadora de que, para terem acesso a elas, incorporou-se à organização criminosa, ou, no mínimo, vinham se dedicado frequentemente à traficância, critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal (RHC 117.867/MG rel. Min. Luiz Fux j. 22.10.2013), quanto no E. STJ (AgRg no AREsp 359.220/MG rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 3.9.2013 e AgRg no AREsp 180.580/MG mesma rel. j. 7.3.2013).**

Não se há confundir a teleologia do redutor, voltado para infratores de menor potencial, de acordo com o intuito do legislador, o que não é o caso.

A mens legis da Lei nº 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda.

Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4º, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente “não se dedique às atividades criminosas”.

Sabe-se que em termos repressivos o ditame constitucional é o de desestimular com energia o comércio ilegal de drogas; logo, o benefício trazido pela nova lei de regência, editada sob o mote de tornar mais rigoroso o tratamento penal que incide sobre o traficante, conflita, quando aplicado de modo indiscriminado, com a Constituição da República.

Há, além da quebra do princípio de isonomia entre os condenados por outros crimes (especialmente pelos classificados como igualmente hediondos) e os condenados por tráfico de drogas, uma violação às disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico.

A intelecção útil e legítima da norma sob análise só pode ser feita à luz da Carta Política, e nesse passo se conclui que a mercê foi estabelecida para dar solução excepcional a situações excepcionais.

# Superior Tribunal de Justiça

Por tais razões, revogo a concessão do redutor.

Do excerto, observa-se que foi negada a aplicação do benefício em virtude das circunstâncias do caso, especialmente, tendo em vista a *expressiva quantidade de drogas apreendidas em poder dos acusados mostra-se como circunstância idônea para impedir a aplicação do benefício do redutor, uma vez denotadora de que, para terem acesso a elas, incorporou-se à organização criminosa, ou, no mínimo, vinham se dedicado frequentemente à traficância.*

Quanto a expressiva quantidade de drogas apreendidas, consta dos autos que foram apreendidas 814,70 gramas de maconha (fl. 16), fundamentação esta idônea de acordo com o entendimento desta Corte. Confiram-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA AFASTAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO. 442 GRAMAS DE MACONHA. DENÚNCIAS ANÔNIMAS. ELEMENTOS CONCRETOS QUE EVIDENCIAM DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTO CONCRETO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal, as instâncias a quo reconheceram que o acusado se dedicava a atividades criminosas em virtude da quantidade de droga apreendida - 442g de maconha - e da existência de denúncias anônimas fazendo com que fosse conhecido dos meios policiais, razão porque negaram a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

2. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

3. É idônea e suficiente para justificar o regime mais gravoso a fundamentação baseada no caso concreto, considerando a quantidade de droga apreendida, quase meio quilo e as denúncias de que o réu praticava o tráfico e atuava com um "disk" para atender as ligações dos usuários e entregar o entorpecente, nos estritos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c 59, ambos do Código Penal.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 499.232/SP, por mim relatado, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 13/06/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. MODUS OPERANDI E EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CABIMENTO. REFORMATIO

# *Superior Tribunal de Justiça*

IN PEJUS. SITUAÇÃO DO RÉU NÃO AGRAVADA PELO TRIBUNAL A QUO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa.

2. No caso em análise, com base na grande quantidade de droga apreendida e no modus operandi da conduta, as instâncias ordinárias concluíram que o paciente dedica-se à atividade criminosa.

3. "Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa" (HC 373.523/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe de 21/08/2018).

4. A jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum de sanção firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

5. A quantidade e a qualidade da droga apreendida podem ser considerados tanto para afastar a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas como para estabelecer regime prisional mais gravoso. [...]

7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 499.041/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019).

Com relação ao pleito de abrandamento do regime inicial, nota-se que a Corte estadual, ao analisar o recurso ministerial, alterou para o fechado, nos seguintes termos (fls. 93/94):

Regime Inicial.

No que tange ao regime penitenciário, anoto que a identificação do meio mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos na Lei de Drogas. Nesse sentido: STJ - HC 272.152/SP - rei. Min. Marilza Maynard - 6ª Turma "J. 10.12.2013.

**No caso sob análise, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe pela quantidade de estupefacientes apreendidos, quase um quilo de maconha, a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos.** Há precedentes da E. Corte Superior: HC 278676/MS - 6ª T. - rei. Min. Maria Thereza de Assis Moura - j. 24.10.2013; HC 222994/SP - 6ª T. - rel. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE - j. 24.10.2013; HC 278530/SP - 5ª T. — rei. Min. Marco Aurélio Bellizze - j. 22.10.2013.

# Superior Tribunal de Justiça

Deve ser mantido o regime fechado, pois o Tribunal local fundamentou, para a imposição do regime mais gravoso, nas circunstâncias do caso concreto, especificamente na quantidade de drogas apreendidas, o que constitui fundamento idôneo ao estabelecimento do modo mais severo, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. VERIFICAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. DUPLA UTILIZAÇÃO. PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO EM DECORRÊNCIA DA QUANTIDADE DE DROGA. 3 KG DE COCAÍNA. QUANTIDADE DE DROGAS NÃO CONSIDERADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME INICIAL DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO. MANUTENÇÃO DO DECISUM A QUO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF.

[...]

**6. Adequada a fixação do regime inicial fechado - não em decorrência da Lei n. 11.464/2007 -, porém por argumento diverso, qual seja, em razão da grande quantidade e qualidade do entorpecente traficado pela ré, a saber, 3 Kg de cocaína.**

7. Não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que a ré, conforme observado na decisum condenatório, não preenche os requisitos (pena privativa de liberdade de 5 anos, 4 meses e 5 dias de reclusão) previstos no art. 44, I e III, do Código Penal.

8. *Agravo regimental improvido* (AgRg no REsp 1341940/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015).

Por fim, mantidas as penas e consideradas as circunstâncias dos crimes praticados, impossível o pedido de substituição por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I e III, do CP.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 24 de setembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator