

# Superior Tribunal de Justiça

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.847.134 - SP (2019/0330999-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**RECORRENTE** : **ORLANDO BUENO DA SILVA JUNIOR**  
**ADVOGADOS** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
CAMILA GALVAO TOURINHO - DEFENSOR PÚBLICO -  
SP298866  
**RECORRIDO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por ORLANDO BUENO DA SILVA JUNIOR, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o recorrente foi sentenciado, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, e 250 dias-multa. Irresignados, a defesa e o órgão ministerial recorreram, e o Tribunal a quo deu provimento ao apelo ministerial para, afastada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, elevar a pena para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, além de fixar o regime fechado para o cumprimento da pena.

A propósito, confira-se a ementa (e-STJ fl. 242):

*Apelações. Crime de tráfico de drogas. Sentença condenatória. Recursos da defesa e do Ministério Público.*

*1. Quadro probatório suficiente para embasar a condenação pelo crime de tráfico de drogas. 2. Não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06. 3. Fixação do regime inicial fechado para a pena privativa de liberdade, sem substituição por penas restritivas de direito. Apelo defensivo desprovido. Recurso do "parquet" acolhido.*

Nas razões do presente recurso, a defesa alega violação dos arts. 33 e 34 do CP, e dos arts. 33, § 4º, e 42, ambos da Lei n. 11.343/2006, sustentando que "o montante e diversidade de drogas não é impeditivo para não

# *Superior Tribunal de Justiça*

aplicação do art. 33, § 4º, Lei 11.343/06. Isso porque tais circunstâncias não são requisitos para a aplicação do redutor."(e-STJ fl. 270). Aponta, ainda, que não houve motivo concreto apto a fixar o regime fechado para o cumprimento da pena.

Aduz "que o recorrente é primário e tem bons antecedentes - conforme reconhecido pelo v. acórdão, o que reforça a inexistência de elementos desabonadores em sua personalidade e conduta social, parâmetros dispostos no mencionado art. 42, empregado, no caso, para determinar a pena-base e a quantidade de diminuição."(e-STJ fl. 271).

Afirma que "no que concerne aos tipos de drogas apreendidos, ressalte-se que se trata das drogas mais acessíveis e de mais alta liquidez do mercado ilícito. Por esse motivo, a conduta não exigiu do vendedor maior desprezo à ordem social do que a que apresentaria um vendedor de maconha, por exemplo."(e-STJ fl. 272).

Aponta que "não é possível compreender que a vedação à redução prevaleça diante da consideração positiva de todas as outras circunstâncias dispostas no art. 42 da Lei 11.343/06 e do art. 59 do CP."(e-STJ fl. 274).

Alega que "o regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, pois, de outra forma, a despeito de hediondez do crime, haveria flagrante violação ao princípio da proporcionalidade e individualização da pena. Dessa forma, o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 08 (oito) anos, faz jus ao regime inicial semiaberto."(e-STJ fl. 274).

Aduz, ainda, que há "Flagrante, pois, à contrariedade ao acórdão que se toma por paradigma, proferido nos autos de apelação criminal nº 70056310899, Segunda Câmara de Direito Criminal, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul3 (DOCUMENTO ANEXO)"(e-STJ fl. 277).

Requer o provimento do recurso para que seja concedido ao

# *Superior Tribunal de Justiça*

recorrente o benefício do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 e seja fixado o regime inicial mais brando que o fechado para resgate da pena.

Contra-arrazoado (e-STJ fls. 284/324) e admitido (e-STJ fls. 327/329), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso (e-STJ fl. 338):

*RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, LEI 11.343/2006. INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA.*

*1. O Tribunal estadual, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, reconheceu que o recorrente não faria jus à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, porque se dedicava à atividade criminosa, destacando, ainda, a reincidência delitiva.*

*2. Evidencia-se, assim, a impossibilidade de incidência da sobredita minorante, já que não preenchidos os requisitos legais.*

*3. Regime inicial de cumprimento da pena determinado em conformidade com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.*

*4. Parecer pelo desprovimento do recurso.*

É o relatório. **Decido.**

O recurso é cabível e tempestivo e a matéria foi devidamente prequestionada.

Primeiramente, no que concerne à pretensão de reconhecimento de constrangimento ilegal decorrente da negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sabe-se que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, consequentemente, tratamento mais benéfico do que o

atribuído ao traficante habitual.

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, **cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa**, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

Nessa linha, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que *isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado* (AgRg no REsp n. 1.687.969/SP, Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 26/3/2018). Precedentes: AgRg no AREsp n. 1.285.790/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 26/6/2018, DJe 2/8/2018; AgRg no AREsp n. 1.108.708/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 15/3/2018, DJe 27/03/2018; AgRg no REsp n. 1.654.330/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017).

O juiz sentenciante, ao fixar a pena, reconheceu o emprego da minorante segundo os seguintes fundamentos (e-STJ fl. 165):

(...)

*Em vista do que dispõe o artigo 59 do Código Penal, considerando a diversidade do entorpecente apreendido - maconha, cocaína e crack, além de tricloroetileno, a elevar a reprovabilidade da conduta, fixo a pena base em cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias multa, no valor unitário mínimo legal. Na segunda fase de fixação da pena, à míngua de agravantes e levando em consideração a circunstância atenuante da confissão, reduzo a pena ao mínimo legal de cinco anos de reclusão e quinhentos dias multa, no valor unitário mínimo legal. Na terceira fase, incide a causa de diminuição capitulada no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n° 11.343/06, já que o agente é primário, não havendo, de resto,*

***prova de que se dedique às atividades criminosas ou de que integre organização criminosa.*** No entanto, considerando que dentre os entorpecentes apreendidos havia crack, caracterizado pelo elevado risco de causar dependência ao usuário, tudo a elevar, desse modo, a reprovabilidade da conduta, reduzo a reprimenda de metade, resultando em dois anos e seis meses de reclusão e duzentos e cinquenta dias multa, no valor unitário mínimo legal, a qual torno definitiva.

(...)

O Tribunal *a quo* negou a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com base nos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 303):

(...)

*E certa a autoria, na esteira do que verte dos relatos dos policiais militares (fls. 3/4 e 5; mídia digital), somados à confissão do réu, em juízo (mídia digital) É dizer, bem definido que o acusado trazia consigo, para fornecimento a terceiros, as drogas apreendidas, mais especificamente: 79 porções de maconha (peso líquido 237,8 gramas), 25 porções de cocaína (peso líquido de 6,1 gramas), 25 porções de "crack" (peso líquido de 7 gramas) e 4 tubos de lança-perfume (24 mililitros). Vale dizer, a condenação pelo crime de tráfico de drogas era mesmo inexorável.*

***4. Por sua vez, não é o caso de incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei n° 11.343/06.***

***A quantidade e a diversidade das drogas indicam um acentuado envolvimento do acusado com o tráfico de drogas. Não se cuida, decididamente, de um cenário revelador de uma pessoa iniciante nesta atividade. Em outras palavras, trata-se de pessoa dedicada às atividades criminosas.***

*Cabe salientar que "a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade da droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas", para os fins a que alude o citado artigo de lei (STF, RHC n° 94.806, relatora Ministra Cármen Lúcia). Na realidade, a qualificação do agente como pessoa dedicada às atividades criminosas - situação que afasta a incidência da*

***causa de diminuição de pena estampada no artigo 33, par. 4º, da Lei n° 11.343/11 pode vir assentada na prova indiciária, tal como esta se acha definida no artigo 239, do Código de Processo Penal, em atenção ao princípio do livre convencimento motivado (artigo 155, do Código de Processo Penal), não se exigindo prova direta desta circunstância, sob pena de inviabilização da repressão penal a este tipo de delito, dada a dificuldade de se obter uma prova deste tipo (STF, HC n° 101.519, rel. Min. Luiz Fux). Consoante salientado pelo Ministro Luiz Fux, em passagem bastante elucidativa de seu voto, "os criminosos não circulam com uma 'carteira de identificação de pessoa dedicada a atividades criminosas'".***

*Deveras, na interpretação do par. 4º, do artigo 33, da Lei n° 11.343/06, há que se atentar para o elemento teleológico, na dicção do art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil (FRANCISCO AMARAL, Direito Civil, Introdução, Renovar, 5ª edição, págs. 88/89; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, O Direito, Introdução e Teoria Geral, Renovar, 1ª edição, págs. 430/431), vale dizer, no sentido de que o escopo da lei foi de beneficiar - com uma sensível redução da pena - aquele agente que pela primeira vez se lança no mundo criminoso, cuja conduta não representa um maior perigo para a coletividade, de sorte que a pena reduzida, ainda que considerada a gravidade do tráfico de entorpecentes, afigura-se suficiente para a ressocialização e reprove suficientemente o comportamento. Essa não é, decididamente, a situação do réu.*

*5. A sanção comporta alguma alteração.*

***Fica mantida a pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, tendo em conta a natureza das drogas (atente-se para o elevado potencial lesivo da cocaína e do "crack" para a saúde pública), na linha do que o permite o artigo 42, da Lei n° 11.343/06.***

*Na segunda fase, em razão da confissão, a sanção fica reduzida para o mínimo legal de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.*

*Reprimenda que passa incólume pela terceira etapa, dada a ausência de causas de aumento e diminuição de pena.*

*O que significa uma pena final de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.*

***Por sua vez, a quantidade, a diversidade e natureza das drogas (atente-se para o elevado potencial lesivo do "crack" e da cocaína para a saúde pública), constituem circunstâncias***

**concretas a traduzir uma acentuada reprovabilidade da conduta, de sorte que a impor o regime inicial fechado para a pena privativa de liberdade, sem o que não haveria suficiente reprovação e prevenção do delito.**

Cenário, até pela quantidade da pena, incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito (artigo 44, I e III, do Código Penal), benefício que constitui uma resposta penal inadequada à gravidade em concreto do delito.

6. Ante o exposto, nego provimento ao recurso da defesa e provejo o apelo ministerial, a fim de: (i) afastada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06, elevar as penas para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias -multa; (ii) fixar o regime inicial fechado para a pena privativa de liberdade. Mantida, no mais, a r. sentença.

(...)

No caso, ressaí das transcrições supra que o juiz sentenciante asseverou que ***o agente é primário, não havendo, de resto, prova de que se dedique às atividades criminosas ou de que integre organização criminosa.*** Por sua vez, a Corte local justificou o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 **com base na quantidade e diversidade da droga apreendida (79 porções de Cannabis sativa L., popularmente conhecida como maconha, com peso líquido de 237,8 g; 25 invólucros contendo cocaína, com peso líquido de 6,1 g e 25 invólucros contendo cocaína, na forma de "crack", com peso líquido de 7 g).**

Entretanto, devido à quantidade e natureza da droga apreendida, bem como ao fato do recorrente **ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa,** verifico que inexistente óbice à aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. No entanto, entendo que, devido à quantidade e variedade de droga apreendida em seu poder, a fração recomendada é a de 1/2, conforme fixada pelo Magistrado de origem.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Em hipóteses análogas, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

*3. É manifestamente desproporcional a redução da pena em 1/3, pela incidência da referida minorante, com fulcro na natureza da droga e na alegação genérica da gravidade do delito, quando ínfima a quantia de entorpecente apreendido (2,32 g de crack), aliada ao fato de que o paciente é primário, de bons antecedentes e não há prova de que se dedica habitualmente a atividades delitivas. Aplicação do índice de diminuição em 2/3. Precedente.*

[...]

*6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como para substituir a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução.*

(HC 302.732/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 26/5/2017)

*[...] FRAÇÃO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. VOLUME DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO SE REVELA EXCESSIVO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.*

*1. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 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. Tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de droga*



# *Superior Tribunal de Justiça*

*apreendida, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 2/3 (dois terços).*

*[...]*

*2. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, mais pagamento de 166 dias-multa.*

*(HC 373.375/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 11/5/2017)*

Em consequência, restabeleço a causa de diminuição da pena, nos termos em que fixada pelo Magistrado de origem, resultando a pena do recorrente em 2 anos e 6 meses de reclusão.

Quanto ao regime de cumprimento da pena, verifico que a natureza e a quantidade de entorpecente apreendida - **79 porções de Cannabis sativa L., popularmente conhecida como maconha, com peso líquido de 237,8 g; 25 invólucros contendo cocaína, com peso líquido de 6,1 g e 25 invólucros contendo cocaína, na forma de "crack", com peso líquido de 7 g** - não autorizam o seu maior abrandamento, impondo-se a alteração para o regime semiaberto.

A propósito, os seguintes precedentes:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. VETORES DA CULPABILIDADE E DA CONDUTA SOCIAL VALORADOS NEGATIVAMENTE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AÇÕES PENAIAS EM CURSO. SÚMULA N. 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE RESPONDE A OUTRO PROCESSO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL, RÉU TÉCNICAMENTE PRIMÁRIO E COM BONS ANTECEDENTES. REGIME INTERMEDIÁRIO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS*

*DE DIREITOS. PLEITO PREJUDICADO. HABEAS CORPUS  
NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68 c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, e, no caso do delito de roubo, deve ser observada a gravidade do delito, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.*

*3. Na hipótese, a valoração negativa da culpabilidade não está devidamente fundamentada, porquanto os elementos apresentados integram a estrutura do tipo penal, conforme o entendimento desta Quinta Turma no sentido de que a potencial consciência da ilicitude ou a exigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade em sentido estrito, não fazendo parte do rol das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, logo, não constitui elemento idôneo a justificar a exacerbação da pena-base (RHC 41.883/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 13/4/2016).*

*4. Inquéritos policiais, ações penais em andamento e até mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, e servir de supedâneo para justificar o afastamento da reprimenda básica do mínimo legalmente previsto em lei, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade. Nesse diapasão, a Súmula n. 444/STJ.*

*5. A irrisignação quanto a ausência de redução da pena diante da confissão espontânea do réu não foi examinada pelo Tribunal a quo, circunstância que impede o pronunciamento desta Corte a respeito, sob pena de indevida supressão de instância. Ademais, fixada a pena-base no mínimo legalmente previsto, inviável a aplicação da atenuante pela confissão espontânea, prevista no art. 65, inc. I, do Código Penal - CP, por força da Súmula n. 231 do STJ. 6. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva (HC 378.574/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS,*

QUINTA TURMA, DJe 10/2/2017).

**7. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade técnica do réu, a quem foi imposto reprimenda definitiva de 5 anos de reclusão, e considerando que a quantidade de droga apreendida não é elevada - 3,210g de crack - cabível a imposição do regime inicial semiaberto para cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal - CP.**

8. Mantida a pena final em patamar superior a 4 anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, afinal, o paciente não preencheu o requisito objetivo para alcançar o benefício.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda ao patamar de 5 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa, e fixar o regime inicial semiaberto para o seu cumprimento. (HC 466.739/PE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 21/02/2019)

**HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO NO TOCANTE AO DELITO DO ART. 35 DA LEI N.º 11.343/2006. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. FATO QUE, POR SI SÓ, DEMONSTRA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO ALCERÇADO TÃO SOMENTE NA GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REGIME SEMIABERTO MAIS ADEQUADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.**

1. Não se mostra possível examinar o pleito de absolvição pelo crime de associação para o tráfico, na medida em que demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório acostado aos autos, desiderato esse incabível na via estreita do habeas corpus.

2. A condenação pelo crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n.º 11.343/2006) denota a dedicação do agente às atividades criminosas e, por conseguinte, por si só, impede a incidência da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º

11.343/2006.

**3. Independentemente da gravidade abstrata e do caráter hediondo do crime, considerado o quantum da pena definitiva imposta - 8 (oito) anos de reclusão -, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a consequente fixação das penas-bases de cada um dos delitos no mínimo legal, cabível estabelecer como regime prisional inicial o semiaberto.**

**4. Ordem parcialmente concedida apenas para determinar que o regime inicial de cumprimento da pena do Paciente seja o semiaberto. (HC 480.782/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)**

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA RECONHECIDAS PELA CORTE A QUO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.

[...]

PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI.

A condenação pelo crime de associação para o tráfico de entorpecentes demonstra a dedicação do agente à atividades criminosas, autorizando a conclusão pelo não preenchimento dos requisitos legalmente exigidos para a concessão da benesse prevista no § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/2006. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA IGUAL A 8 ANOS. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

**1. Estabelecida a pena em 8 anos de reclusão e favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, possível a fixação do regime inicial semiaberto, diante das circunstâncias do caso concreto, nos termos do art. 33, § 2º e 3º, do CP.**

**2. Agravo parcialmente provido para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda. (AgRg no AREsp 997.580/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA**

# Superior Tribunal de Justiça

TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 17/10/2018).

Quanto à possibilidade de substituição da pena, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

Todavia, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que as circunstâncias do caso, qual seja a diversidade e a quantidade do entorpecente apreendido, não recomendam a substituição.

Nesse sentido:

*PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em*

# Superior Tribunal de Justiça

30/06/2015, DJe 03/08/2015). 3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus. 4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. 5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto. 6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal. 7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014). 8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dou provimento ao recurso especial** para, reconhecendo a minorante do tráfico privilegiado, restabelecer a pena do recorrente fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, e 250 dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Publique-se.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator

