

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 540.176 - SP (2019/0311734-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : MAURICIO RICARDO DE ALMEIDA  
**ADVOGADO** : MAURICIO RICARDO DE ALMEIDA - SP381673  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ROBERTO BESERRA LEITE FILHO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ROBERTO BESERRA LEITE FILHO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0006302-97.2014.8.26.0602.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, como incurso no **art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006** (e-STJ, fls. 16/21).

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal estadual negou provimento ao recurso, mantendo a condenação nos termos proferidos na sentença (e-STJ, fls. 22/32):

*TRÁFICO DE DROGAS - Apreensão de inúmeras porções de cocaína, crack e maconha Materialidade e autoria, comprovadas, notadamente pelos depoimentos dos policiais que surpreenderam o denunciado na posse dos entorpecentes, confirmando os informes recebidos - Condenação - Hipótese - Prejudicado o pedido de desclassificação da conduta, para aquela prevista no art. 28 da lei de tóxico — Pena-base corretamente memorada, nos termos do art. 42, ante a grande quantidade de drogas apreendidas, a evidenciar dedicação a atividades criminosas, quadro incompatível com o privilégio — Multa aplicada de acordo com o preceito secundário do tipo penal — Substituição da corporal obstaculizada pelo montante da reprimenda e gravidade do delito — Imperiosa fixação do regime inicial fechado, nos termos da Lei n. 8.072/90 - Recurso improvido.*

# Superior Tribunal de Justiça

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/12), a impetrante afirma que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão da não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para tanto, argumenta que ele preenche os requisitos necessários para fazer jus à redutora e que a ausência de ocupação lícita, bem como a quantidade de drogas não podem levar à conclusão de que ele se dedica às atividades criminosas. Assevera, também, que a quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos somente podem servir como base para a fixação da fração da redutora, não para negar sua incidência.

Ademais, relata que *a r. decisão da Autoridade Coatora, além de contrariar o disposto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei Federal nº. 11.343/06, utilizando-se da quantidade de droga para negar a aplicação do referido redutor, também incorreu no odioso bis in idem, tendo em vista que se utilizou da quantidade de entorpecente na primeira e terceira fases da dosimetria da pena* (e-STJ, fl. 10).

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da redutora pelo tráfico privilegiado em seu patamar máximo, qual seja, 2/3.

O pedido liminar foi indeferido, às e-STJ, fls. 36/38 e, por estarem os autos suficientemente instruídos, foi dispensado o envio de informações.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado à e-STJ fl. 43, opinou pelo não conhecimento do *mandamus*.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca o impetrante, em síntese, a incidência

do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima legal.

**I. Da não incidência da causa de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**

Preliminarmente, cabe observar que, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente **primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.**

Sob essas balizas, ao julgar o apelo defensivo e rechaçar a aplicação da referida minorante na fração máxima, o Relator do voto condutor do acórdão asseverou que (e-STJ fls. 28/30, grifei):

[...]

*Cumprе destacar, também, que a posse de tamanha quantidade de entorpecentes - cujo valor econômico é consideravelmente elevado - não encontra justificativa, mormente porque o réu não comprovou ao menos exercer função lícita (ao contrário, o agente declinou não trabalhar - fls. 23/24), inferindo-se daí não ter aquele condições de comprar enorme volume de drogas não fosse o vil comércio observado.*

*Assim, demonstrada a materialidade através do auto de exibição e apreensão (fls. 14/16) e dos laudos de constatação provisória (fls. 19/20) e de exame químico toxicológico (fls. 61/65), a par de apurada a autoria à exaustão, a condenação é a providência que se impõe.*

*No tocante à individualização do "castigo", a Julgadora singular fixou a pena-base em um sexto (1/6) acima do mínimo legal diante da natureza lesiva e quantidade de drogas apreendidas (149 porções de maconha, 31 de crack e 52 de cocaína, repita-se), no caso possibilitando ao agente atingir maior número de usuários, de modo a contribuir sobremaneira com a disseminação do vício e correlata destruição de lares ou famílias.*

[...]

*Sem notícia de causas modificadoras, a reprimenda acabou concretizada no aludido patamar, com a unidade da*

***pecuniária no piso.***

***Registre-se que o denunciado, como mencionado, não comprovou ter ocupação lícita, algo apto a indicar ser a mercancia espúria a "profissão" ou meio de vida dele, daí a dedicação a atividade criminosa obstaculizando o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxico.***

*"Como não tem outra atividade, a única conclusão a que se pode chegar é que se dedica costumeiramente à atividade criminosa de comércio de entorpecentes; e, como não tem renda proveniente de origem diversa, somente se pode concluir pertencer a organização criminosa que a abastece com a droga a ser comercializada" (TJESP, Apelação Criminal nº, 0450599-29.2010.8.26.0000, Relator Desembargador SOUZA NERY, julgado 14-4-2011).*

***Igualmente, consigne-se que a quantidade e variedade de drogas também denotam estreito vínculo com organização criminosa (somente pessoa profundamente enfronhada no submundo do crime pode obter droga suficiente para "abastecer" elevado número de usuários), a par de evidenciar dolo acentuado incondizente com o privilégio (STF, RHC 94.806/PR; STJ, HC 105,216/SP e HC 1.41.921/SP; TJESP, Apelação Criminal 0006187-64,2012.8.26.0176, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO).***

***Incogitáveis, outros sim, a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos e a concessão do sursis, benesses no caso claramente inadequadas à repressão e prevenção do crime, a par de inconciliáveis com a infração penai cometida, representando mesmo incentivo à criminalidade, ficando sem sentido discussão aprofundada da matéria ante o montante da sanção (superior a quatro anos de reclusão) e circunstância judicial adversa, consoante óbices legais (artigos 44, I e III e 77, caput, II, do Código Penal).***

***De resto, o regime fechado para início de cumprimento da corporal decorre da Lei nº. 8.072/90, já com a redação trazida pela Lei nº. 11.464/07, sendo o único cabível diante do crime de natureza hedionda cometido, ainda mais em razão d.a circunstância judicial desfavorável antes apontada.***

Pela leitura dos recortes acima, verifica-se que a pena-base do paciente do exasperada em 1/6, em virtude da quantidade, natureza e diversidade

dos entorpecentes apreendidos – 9,13 gramas de cocaína, 423,13 gramas de maconha e 10,74 gramas de crack (e-STJ fl. 16) –, sendo que esta circunstância judicial desfavorável, associada ao fato de ele não haver demonstrado o exercício de atividade lícita para a aquisição desses entorpecentes levou à conclusão de *ser a mercancia espúria a "profissão" ou meio de vida [do paciente], [e de sua] dedicação à atividade criminosa* (e-STJ, fl. 29). Todavia, o fato de o paciente não comprovar o exercício de atividade lícita não autoriza pressupor que ele seja um "traficante profissional" e que se dedique à atividade criminosa como meio de vida, nos termos da jurisprudência pacificada desta Corte Superior, vejam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO MÁXIMA E FIXOU O REGIME INICIAL ABERTO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS BASEADA EXCLUSIVAMENTE NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO E NA AUSÊNCIA DE OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. REGIME PRISIONAL. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA PARA O RECRUDESCIMENTO. PACIENTE PRIMÁRIO, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E CONDENADO A PENA QUE NÃO EXCEDE 4 ANOS DE RECLUSÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do tráfico privilegiado na fração máxima de 2/3 e alterar o regime prisional para inicial aberto.

2. A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não requer o reexame probatórios. Note-se que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, mas valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias.

3. Esta Corte vem se manifestando 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).*

*4. De igual modo, a ausência de comprovação de exercício de trabalho ou emprego lícito não gera presunção de dedicação do paciente ao tráfico de drogas. Precedentes.*

*[...]*

*6. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 494.508/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe 10/5/2019)*

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

*1. Embora a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, possa denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade de substâncias apreendidas em poder do acusado não é excessivamente elevada a ponto de se concluir que ele se dedica a atividades criminosas, notadamente quando verificado que, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes e que, no contexto da prisão em flagrante, não foram apreendidos outros apetrechos destinados à traficância habitual.*

*2. O simples fato de o acusado não haver comprovado o exercício de atividade lícita à época dos fatos não pode, evidentemente, levar à conclusão contrária, qual seja, a de que se dedica a atividades criminosas, até porque o desemprego, diante da realidade social brasileira, representa, na verdade, um infortúnio de boa parte da população, e não algo desejado.*

*3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 507.057/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 4/6/2019, DJe 10/6/2019)*

Dessa forma, tendo-se em conta a primariedade do paciente, seus

bons antecedentes, e a ausência de demonstração de que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, reconheço o constrangimento ilegal em virtude da não incidência da minorante, que deve ser aplicada na fração máxima, sob pena de *bis in idem*, haja vista que a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas foram negativas na primeira fase.

Em consequência, passo ao redimensionamento da pena do paciente.

Na primeira fase, mantenho a pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 583 dias-multa. Na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, a sanção permanece inalterada. Na terceira fase, aplico o redutor pelo tráfico privilegiado na fração máxima de 2/3, razão pela qual a reprimenda do paciente fica definitivamente estabilizada em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além de 195 dias-multa.

## **II. Regime de cumprimento de pena e substituição**

Apesar de o novo montante da pena ser inferior a 4 anos de reclusão, o que permitiria, em tese, o regime aberto, fixo o regime inicial semiaberto ao paciente, haja vista que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes apreendidos constitui fator suficiente para a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso. No caso, a quantidade e a natureza das drogas foram ponderadas de forma negativa na primeira fase da calibragem, para exasperar a pena-base em 1/6 (e-STJ fl. 28), o que justifica a aplicação do regime inicial intermediário, em detrimento do montante de pena aplicado.

No mesmo sentido, nego a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, em virtude da existência de circunstância judicial desfavorável, na esteira do disposto no art. 44, III, do Código Penal.

Ilustrativamente:

*PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A EXASPERAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS ELEMENTOS. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREJUDICADO. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 4 (QUATRO) ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*II - A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes.*

*III - No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes teve por fundamento a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes apreendidos, revelando-se justificado e proporcional o incremento da pena na fração de 1/6.*

*IV - Houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada nas circunstâncias que envolveram a prisão e na quantidade de droga apreendida (60 porções ou 52 gramas - cocaína), haja vista que o Tribunal de origem se convenceu de que o paciente se dedicava às atividades criminosas.*

*V - Rever o entendimento do eg. Tribunal a quo para fazer incidir a causa especial de diminuição demanda, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.*

*VI - No que tange ao estabelecimento do regime inicial de fechado, embora o v. acórdão impugnado o tenha determinado com base na hediondez, verifica-se, no caso, que a dedicação a*



*atividade criminosa, com base na quantidade de entorpecente foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado. Desse modo, sendo tal circunstância desfavorável, impede a fixação do regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06, apesar de ser o paciente primário.*

*[...]*

*Habeas corpus não conhecido. (HC n. 435.529/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 24/5/2018, DJe 29/5/2018)*

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO.*

*TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*II - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.*

*III - In casu, o v. acórdão evidenciou, com base em dados empíricos, a pertinência da fixação do regime fechado ao paciente, uma vez que a quantidade de entorpecentes foi utilizada na primeira fase para exasperar a pena-base, bem como na terceira fase da dosimetria da pena, para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado, circunstâncias essas desfavoráveis, a ensejar a aplicação do regime mais danoso, ex vi do art. 33, parágrafo 2º, b, e parágrafo 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.*

*Habeas corpus não conhecido. (HC n. 446.909/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 24/5/2018, DJe 29/5/2018)*

# *Superior Tribunal de Justiça*

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio** para aplicar ao paciente as penas de 1 ano, 11 meses e 10 de reclusão, além de 195 dias-multa, no regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

Comunique-se, com urgência, o Tribunal impetrado e o Juízo de primeiro grau.

Intimem-se.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator

