

**HABEAS CORPUS Nº 535.997 - SP (2019/0290199-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
VIRGINIA SANCHES RODRIGUES CALDAS CATELAN -  
SP304946  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : RAIMUNDO OLIVEIRA DA COSTA (PRESO)  
**PACIENTE** : GABRIEL RIBEIRO ALCANTARA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de RAIMUNDO OLIVEIRA DA COSTA e GABRIEL RIBEIRO ALCANTARA contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Apelação Criminal n. 0062781-15.2017.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados às penas de 8 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incursos nas sanções dos arts. 33, *caput*, c/c o 40, inciso VI, e 35, todos da Lei n. 11.343/2006.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem deu provimento parcial ao recurso da defesa a fim de absolver os réus em relação ao crime de associação para o tráfico, redimensionando suas reprimendas para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Nesta via, sustenta o impetrante, em síntese, que os apenados preenchem os requisitos para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, aduzindo que não há provas nos autos de que integrem organização criminosa ou se dediquem à traficância.

Assevera a inexistência de motivação para a fixação do regime inicial fechado, visto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo cabível a alteração para o modo aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja reconhecido o tráfico privilegiado, alterado o regime prisional.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 73-74).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 115-188).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pelo concessão parcial da ordem de *habeas corpus* de ofício (e-STJ fls. 190-193).

É o relatório.

Cumpra atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a

verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Insta consignar que 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 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.

Tendo destinatário certo, este Tribunal Superior vem afastando a aplicação do benefício legal em casos que envolvem grande apreensão de entorpecente, porque, em hipóteses tais, sem a necessidade de amparo em provas, resta evidenciado que o indivíduo não se enquadra no modelo imaginado pelo legislador, mormente porque os pressupostos "*não se dedicar a atividades criminosas*" e "*não integrar organização criminosa*" são inconciliáveis com o manejo, em grande escala, de drogas.

Cabe ressaltar que o fato de a lei não estabelecer critérios objetivos para a incidência do benefício não impede que o julgador, no exame do caso concreto e em observância às circunstâncias do fato, possa preencher a lacuna legal, não havendo que se falar em violação ao princípio da legalidade.

Nessa mesma linha, vejam-se:

*"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO.*

*POSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. RÉ QUE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉ PRIMÁRIA E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.*

*[...]*

*IV - Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.*

*V - Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na diversidade e quantidade de drogas apreendidas, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que a paciente se dedicava às atividades criminosas. Rever essa constatação, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento*

*que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.*

*Precedentes.*

*VI - No que tange ao regime inicial de cumprimento da 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.*

*VII - No presente julgado, não foi apresentado nenhum fundamento concreto para o agravamento do regime, a não ser a gravidade abstrata do delito, razão pela qual, a paciente faz jus ao regime semiaberto, para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, "b", do CP.*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto, para o início de cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.*

*(HC 497.295/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019)"*

**"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS CONSTATADA A PARTIR DE PROVAS COLHIDAS AO LONGO DA INSTRUÇÃO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO QUE DEMANDARIA O REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**

**1. A teor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, as penas do crime de tráfico poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, com bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Em relação aos critérios legais que norteiam o grau da redução, firmou este Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a quantidade e/ou a natureza da droga, bem como as demais circunstâncias do caso, podem balizar o índice de diminuição, ou, até mesmo, justificar a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciada a dedicação do réu à atividade criminosa.**

**2. Afastada a redutora pela Corte a quo, com fundamento em circunstâncias do caso que evidenciem a dedicação do réu à atividade criminosa, tal qual ocorre no presente caso, a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do habeas corpus. Precedentes.**

**3. Agravo regimental improvido.**

**(AgRg no HC 488.862/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 10/04/2019)"**

Na espécie, diante das circunstâncias concretas do delito, haja vista a

natureza, a diversidade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos – **279,9g de maconha, 29g de cocaína e 137,7g de crack** (e-STJ fl. 55) – , entendeu o Tribunal de origem que os pacientes dedicavam-se à atividade criminosa, motivo pelo qual afastou a incidência do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis* (e-STJ fls. 64-65):

*"Consigne-se que ainda que, na terceira fase, deixou-se corretamente de aplicar a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que a variedade e a quantidade de entorpecentes apreendidos, somadas à quantia em dinheiro, produto da venda de diversas outras porções, evidenciam que os réus se dedicam à atividade criminosa de maneira habitual, pois não se pode imaginar que traficantes iniciantes e eventuais tivessem em seu poder tamanha quantidade de drogas, o que afasta definitivamente a possibilidade de reconhecimento de tal benefício."*

Desta forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, fundamentadamente rechaçou a sua incidência.

Quanto ao regime inicial, verifica-se que o fechado foi mantido pelo Tribunal impugnado, sob o seguinte fundamento (e-STJ fls. 65-66):

*"O regime inicial para o cumprimento das penas não pode ser outro, que não o fechado, estabelecido na sentença, pois a fixação de regime diverso (aberto ou semiaberto), não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado, não apenas em razão da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, por não se tratar de pequenos e eventuais traficantes, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado."*

*[...]*

*Consigne-se, portanto, que o regime inicial fechado não está sendo fixado em razão da quantidade de pena, tampouco da gravidade abstrata do delito, mas das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição de regime mais gravoso, para fins de repressão e*

*prevenção."*

Da leitura do excerto acima transcrito, vê-se, ainda que favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, mantém-se o modo prisional mais gravoso para o cumprimento da reprimenda, tendo em vista que as circunstâncias do delito demonstram a gravidade concreta do crime e exige maior reprovabilidade das condutas.

Nesse sentido:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSE DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE NÃO VERIFICADA. APREENSÃO DE 50 CARTUCHOS CALIBRE 45 DE USO RESTRITO. TIPICIDADE CONFIRMADA. DOSIMETRIA. AGRAVANTE. PAGA OU RECOMPENSA. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 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. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FECHADO. MANUTENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*IX - Pedido de incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.*

*X - In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na grande quantidade e a variedade de droga apreendida, ou seja, "12 tabletes de maconha com peso total de 2.977 kg e 01 tablete de cocaína com peso aproximado de 178 gramas" (fl. 40), somado ao fato de ter se apreendido "50 cartuchos íntegros de calibre 45, munições de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar" (fl. 41).*

*XI - Ademais, rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é*

*incompatível com a estreita via do mandamus. Precedentes.*

*XII - A despeito do redimensionamento favorável da pena do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, a soma da sanção do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito resulta em sanção superior a 8 (oito) anos de reclusão. Assim, a manutenção do regime fechado mostra-se consentâneo com a disposição do art. 33, § 2º, a, do Código Penal, sobretudo diante da quantidade e da variedade de droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, segundo entendimento jurisprudencial desta Corte Superior sobre o tema.*

*XIII - O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC n. 97.256/RS, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, passou a admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.*

*XIV - Na espécie, a natureza, a quantidade e diversidade da droga apreendida não recomendam a substituição da pena, nos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela. Precedentes.*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem de ofício, a fim de, tão somente, fixar a pena da paciente em 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa para o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, mantido os demais termos da condenação.*

*(HC 506.963/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 27/05/2019)*

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES DA ASSOCIAÇÃO. PLURALIDADE DE AGENTES. INEXISTÊNCIA. LOCALIDADE DOMINADA POR FACÇÃO CRIMINOSA. PRESUNÇÃO DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NO GRUPO CRIMINOSO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DA ASSOCIAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ACUSADO APREENDIDO COM ARMA DE USO RESTRITO, MUNIÇÕES E CARREGADOR. ELEMENTOS CONCRETOS QUE EVIDENCIAM DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO.**

*1. Firmou-se neste Superior Tribunal de Justiça entendimento no sentido de que indispensável, para a configuração do crime de associação para o tráfico, a evidência do vínculo estável e permanente do acusado com outros indivíduos.*

*2. Ainda que seja de conhecimento o domínio da localidade por facção criminosa e a posse de arma e munição de uso restrito denotem envolvimento com atividades criminosas, não há na denúncia, na sentença ou no acórdão qualquer apontamento de fato concreto a caracterizar o vínculo de agentes, requisito necessário para a configuração do delito de associação para o tráfico, não tendo sido sequer indicado quem seriam os outros*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*que com ele estariam associados, de modo que, ausente o requisito atinente à pluralidade de agentes, imperiosa é a absolvição.*

*3. Embora afastada a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas e a despeito da pequena quantidade de droga - 8g de maconha e 20g de cocaína -, o fato de ter sido encontrado em poder do acusado, uma pistola CZ, calibre .40, com sete munições e um carregador, ambos de mesmo calibre é suficiente para demonstrar a dedicação do paciente a atividades criminosas, sendo, por isso, inviável o reconhecimento do tráfico privilegiado. Precedente.*

*4. Habeas corpus concedido para afastar a condenação por associação para o tráfico, mantendo inalterada a condenação por tráfico de drogas à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e a 583 dias-multa.*

*(HC 474.965/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 07/03/2019)*

Desse modo, verifica-se que o regime inicial fechado mostra-se adequado e proporcional ao caso, não havendo o que reparar.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, **não conheço o habeas corpus.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi  
Relator