

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.838.873 - SP (2019/0279955-6)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**RECORRENTE** : **TIAGO LUIZ FERREIRA**  
**ADVOGADOS** : **ANA CAROLINA SOUZA REIS BRAGA - DEFENSOR**  
**PÚBLICO - SP258610**  
**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**RECORRIDO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por TIAGO LUIZ FERREIRA, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o agravante foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e art. 333, *caput*, n/f do art. 69, ambos do CP, à pena de 7 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 593 dias-multa. Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, requerendo, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade absoluta da prova; no mérito, a absolvição do recorrente ante a fragilidade probatória tanto pela prática do delito de tráfico quanto pela prática do delito de corrupção ativa; subsidiariamente, a aplicação do parágrafo redutor (art. 33, § 4º, da Lei n 11.343/2006), e, consecutivamente, a fixação do regime inicial aberto com posterior substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos; sendo esse desprovido (e-STJ fls. 326).

*Apelação criminal - Tráfico ilícito de entorpecentes e corrupção ativa Preliminar de nulidade na diligência realizada no domicílio do réu - Inocorrência - No mérito, absolvição por insuficiência de provas - Impossibilidade Materialidade e autoria comprovadas - Reconhecimento do crime impossível em relação à corrupção - Descabimento. Pena e Regime - aplicação da redutora, substituição da corporal e abrandamento do regime - Descabimento - Recurso desprovido.*

Nas razões do recurso especial, o agravante alega violação do disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao art. 33, § 2º, alíneas "b" e "c" e

ao art. 44, ambos do CP, aduzindo que "preenchidos os requisitos mencionados na lei, restará evidente o direito subjetivo à diminuição da pena no patamar de 1/6 a 2/3." e, que "as circunstâncias do artigo 59 e do artigo 42 foram todas consideradas favoravelmente ao recorrente, considerando que não possui maus antecedentes."(e-STJ fl.350)

Alega que, "considerando que a argumentação utilizada pelo nobre Relator mostra-se evidentemente nula, encontram-se preenchidos os requisitos estabelecidos no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 referente ao tema, na medida em que para que ocorra "dedicação às atividades criminosas", faz-se necessário que o agente pratique não um ou dois crimes, mas diversos atos ilícitos periodicamente, que faça de sua atividade cotidiana o cometimento de crimes, o que, no caso, não se deu, eis, o recorrente é PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES, e a presença de dinheiro na sua residência não importa necessariamente a sua dedicação ao tráfico." (e-STJ fl. 351).

Sustenta que, "no presente recurso especial, utiliza-se como acórdão paradigma da imperiosa necessidade de aplicação da causa de diminuição o julgado da apelação nº 2011.029705-4/0000-00 da 1º Câmara Criminal, do Egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (...)" (e-STJ fl. 353).

Argumenta que, "o acórdão paradigma modificou a sentença proferida para, além de abrandar o regime para o aberto, substituir a pena privativa de liberdade para duas restritivas de direitos."(e-STJ fl.362).

Aponta que "quanto ao regime, o acórdão recorrido limitou-se apenas a reiterar os argumentos utilizados pela Magistrada para fixar o regime inicial do cumprimento de pena, entendendo-os como corretos (fls. 336). Ocorre que a tais fundamentos não sustentam."(e-STJ fl. 364)

Afirma que "Ressalte-se que a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato da infração não é fundamento idôneo para a fixação de regime mais severo do que o previsto em lei, conforme o entendimento firmado nas Súmulas 440 deste Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Pretório

Excelso."(e-STJ fl. 369)

Requer o provimento do recurso especial para que seja aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contra-arrazado (e-STJ fls. 402/414), o Tribunal local admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 425/426) e o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 459):

*RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO ATIVA. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 07/STJ. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS (271 PEDRAS DE CRACK). CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO (APREENSÃO DE VULTOSA QUANTIA E MANUTENÇÃO DE UMA “BOCA DE FUMO”). DEDICAÇÃO EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 83/STJ.*

*1. A desconstituição do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, diante de suposta contrariedade à lei federal, buscando o reconhecimento do tráfico privilegiado, não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material de prova, procedimento de análise exclusivo das instâncias ordinárias, soberanas no exame do conjunto fático-probatório.*

*2. A quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, bem como as circunstâncias do delito, são elementos que evidenciam a dedicação do agente à atividade criminosa e justificam a fixação do regime mais rigoroso que a pena.*

*3. Parecer pelo não conhecimento do recurso especial, em razão do óbice dos enunciados nºs 07/STJ e 83/STJ.*

É o relatório. **Decido.**

O recurso é cabível, tempestivo e foram impugnados os

fundamentos da decisão agravada.

Primeiramente, o recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "c", precisa demonstrar o dissídio de forma adequada, nos termos do art. 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil e do art. 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que exige para configuração da divergência jurisprudencial, a menção às circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, para os quais se deu solução jurídica diversa. A simples transcrição de ementas com entendimento diverso, sem que se tenha verificado a identidade ou semelhança de situações, não revela dissídio, motivo pelo qual não é possível conhecer do recurso especial pela divergência.

Nesse sentido:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OPERAÇÃO CURAÇÃO. EVASÃO DE DIVISAS. ART. 22 DA LEI 7.492/86. COMPROMETIMENTO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS 7/STJ RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO IMPUGNAM OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO DA ORIGEM. SÚMULA 283/STF. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DESPROPORCIONALIDADE NO AUMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME CONTINUADO. FRAÇÃO DE AUMENTO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. ART. 387, IV, DO CPP. CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO DO DANO AFASTADA PELO TRIBUNAL REGIONAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE.*

[...]

*VI - O recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, exige a demonstração do dissídio jurisprudencial através da realização do indispensável cotejo analítico, para demonstrar a similitude fática entre o v. acórdão recorrido e o eventual paradigma (arts. 1.029, §1º, do CPC e 255, § 1º, do RISTJ), o que não ocorreu na espécie.*

*VII - Em razão de o agravante ter, de forma equivocada, recorrido sobre a fixação do valor mínimo para reparação dos danos, visto que o Tribunal Regional já havia reformado a sentença no ponto para afastar a referida indenização e, tendo em vista que o Parquet não se insurgiu sobre a matéria, deve ser afastado o entendimento adotado às fls. 2028-2030 da decisão monocrática em recurso exclusivo da defesa, sob pena de violação ao princípio do ne reformatio in pejus.*

*Agravo regimental provido em parte. (AgRg no REsp 1596138/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 08/08/2018) - (grifei)*

No mérito, 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, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o 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 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.

Com relação à não aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 ao caso, o juiz sentenciante assim concluiu (e-STJ fl. 240/245):

(...)

*Nesse cenário, não resta dúvida acerca da prática do tráfico ilícito de entorpecente por parte do acusado. A **quantidade de droga apreendida (82,64 g de cocaína), a forma de acondicionamento em (271 pedras de crack preparadas para o consumo), o local da apreensão (em local conhecido pelo tráfico de drogas), a grande quantia em dinheiro, totalizando R\$ 2.204,00, evidenciam de forma clara a mercancia ilícita (Lei 11.343/06, art. 28, §2º). A prova em relação à corrupção ativa também é clara. Os policiais militares, Pedro e Carlos, afirmaram que quando informaram ao acusado de que seria encaminhado ao Distrito Policial, o réu tentou negociar sua liberdade dizendo que tinha e uma arma de fogo escondida em outro local.***

(...)

*Deve o acusado, portanto, responder pelos crimes tipificados no artigo 33, caput da Lei nº 11.343/06 e artigo 333 do Código Penal, na forma do artigo 69 do Código Penal.*

*Passo à aplicação da pena.*

*Atenta aos elementos norteadores do artigo 59 do Código Penal e 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerando que o crack é extremamente nocivo ao ser humano, gerando rápida e intensa dependência, e **considerando que o réu não possui maus antecedentes** (fls. 107/108), fixo a pena-base para o crime de tráfico de drogas 1/6 acima do mínimo legal, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Em relação ao crime tipificado no artigo 333, caput, do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal, em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.*

*A **exasperação da pena base do crime de tráfico de drogas mostra-se necessária em razão da natureza da droga traficada, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça deste país.***

(...)

*Ausentes agravantes e atenuantes.*

*Em razão do que preceitua o § 4.º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, é inaplicável esta causa de diminuição da pena, diante da expressiva quantidade de droga apreendida e da prova de que o réu dedicava-se às atividades criminosas.*

*(...)*

*O acusado, mediante mais de uma ação, praticou dois diferentes crimes, caracterizando-se o concurso material, razão pela qual as penas devem ser somadas (artigo 69 do Código Penal), resultando em 7 (sete) anos, 10 (dez) meses de reclusão e 593 (quinhentos e noventa e três) dias-multa.*

*Ausentes outras causas modificadoras da pena, torno-a definitiva no quantum acima fixado.*

Como visto, as instâncias de origem concluíram que o recorrente se dedicava a atividades criminosas, a partir do acervo fático-probatório, com destaque para quantidade de droga – **271 pedras de crack com peso líquido de 82.64 gramas**. Veja que, da leitura da sentença, foi apreendido também uma grande quantidade de dinheiro em espécie (R\$ 2.204,00).

O afastamento da figura típica menos grave da Lei Antidrogas foi devidamente motivado pela instância ordinária, a quem compete analisar fatos e provas, que verificou a prática do comércio ilegal de drogas pelo recorrente, deixando claro que ele se dedicava às atividades criminosas. Rever a conclusão condenatória sedimentada nos autos, assim como requer a defesa, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que, em sede de recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

Por sua vez, no que tange ao regime de cumprimento de pena, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a **fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos**. Precedentes: AgRg no AREsp n. 643.452/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em

16/6/2016, DJe 22/6/2016; AgRg no AREsp n. 602.153/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 6/5/2016.

O Magistrado de origem fixou o regime fechado com a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 245) :

(...)

*Quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena, considerando o quantum aplicado e a natureza dos crimes praticados - um deles equiparado a hediondo, além da natureza da droga traficada, fixo o fechado. Além disso, a prática delitiva em análise acarreta dependência química e psíquica de jovens de diferentes classes sociais, resultando em destruição de lares e famílias, ensejando também o incremento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício. Portanto, o regime inicial fechado é o único compatível com a natureza e o grau de lesividade do delito de tráfico de entorpecentes, além de ser o único necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (art. 33, §3º c.c. art. 59 do Código Penal).*

(...)

*Pelo mesma razão, não concedo ao acusado o direito de recorrer em liberdade.*

(...)

E o Tribunal *a quo* justificou a manutenção do regime fechado nos seguintes termos (e-STJ fl. 336):

(...)

*Somadas as penas, entendeu corretamente a Magistrada singular ser o caso de se determinar o fechado para o início do cumprimento da pena.*

*Seja pela quantidade de crimes praticados, seja pelo montante de pena imposto, outro mais brando evidentemente não caracterizaria resposta penal adequada.*

*Nesse quadro, claramente incabível qualquer tipo de substituição por penas alternativas.*

(...)

Com efeito, nos termos do entendimento firmado pelas instâncias



de origem, a existência de condições desfavoráveis, no caso, a quantidade e o potencial lesivo da droga (**271 pedras de crack com peso líquido de 82.64 gramas**), além da quantidade de crimes praticados (**tráfico de entorpecentes e corrupção ativa**), que foram utilizadas para não aplicar a redutora, constituem fundamento idôneo também para justificar a imposição do regime mais severo, inexistindo, em tese, ilegalidade a ser sanada.

Verifica-se, portanto, que, embora a pena reclusiva do paciente tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão (7 anos e 10 meses de reclusão), o regime fechado mostra-se o mais adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável da natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, nos termos dos art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Confirmam-se:

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*

[...]

*4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar as regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.*

*5. Estabelecida a pena definitiva dos pacientes em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o cabível à espécie, tendo em vista a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza da droga), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, 'a', e*

§ 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido."

(HC 390.987/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017);

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVA DA REDUTORA. REGIME INICIAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REQUISITOS DO ART 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO ATENDIDOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Conquanto se saiba que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, in casu, verifica-se que as circunstâncias judiciais do art. 59 são desfavoráveis aos ora pacientes, o que impede a fixação inicial do regime semiaberto para início de resgate da reprimenda.

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 385.942/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Por fim, entendo que as circunstâncias do caso concreto não

# *Superior Tribunal de Justiça*

recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De fato, além do *quantum* de pena fixado ser superior a 4 anos, não preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido também não recomendam a substituição, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Diante do exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RISTJ, **nego provimento ao recurso especial.**

Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator