



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 543.505 - SP (2019/0331257-4)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : ANDERSON FLORENTINO DA SILVA
ADVOGADO : EDER PEREIRA BAHIA - SP287830
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ACUSADO QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. A Corte local deixou de aplicar a minorante respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, ainda, com observância aos pormenores da situação concreta, que demonstraram que o acusado dedica-se à atividade criminosa.

3. Desconstituir os fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demanda ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o *habeas corpus*.

4. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

5. Caso em que mantido o regime inicial semiaberto fixado em anterior *habeas corpus* impetrado nesta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas, pois, em razão da quantidade de pena definitiva – 5 anos de reclusão –, não se encontra preenchido o requisito necessário do art. 44, I, do Código Penal.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de agosto de 2020 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 543.505 - SP (2019/0331257-4)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : ANDERSON FLORENTINO DA SILVA
ADVOGADO : EDER PEREIRA BAHIA - SP287830
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por ANDERSON FLORENTINO DA SILVA contra decisão monocrática em que deneguei a ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 589/596).

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado, pela suposta prática da conduta descrita no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, por trazer consigo e ter em depósito, para consumo de terceiros, **118 porções de crack, pesando aproximadamente 106g (cento e seis gramas), 24 papелotes de Cannabis sativa L, pesando aproximadamente 46g (quarenta e seis gramas) e 62 porções de cocaína, pesando 122g (cento e vinte e dois gramas)** – e-STJ fl. 51.

Contra o édito condenatório insurgiram-se defesa e Ministério Público estadual.

Em sessão de julgamento realizada em 13 de dezembro de 2018, os desembargadores integrantes da 5ª Câmara Criminal negaram provimento ao recurso defensivo e deram provimento ao recurso ministerial.

O acórdão foi assim ementado (e-STJ fl. 37):

Apelação Criminal - Tráfico ilícito - Inconformismo das partes restrito à dosimetria e ao regime prisional - Apreensão de 62 porções de cocaína, 118 fragmentos de crack e 24 papелotes de maconha - Materialidade, autoria, culpabilidade e destinação mercantil do material ilícito apreendido, incontroversas e comprovadas - Crime caracterizado - Condenação mantida -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dosimetria - Ajuste das reprimendas - Afastamento da aplicação do redutor do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, imperativo - Peculiaridades do caso concreto evidenciam que não se tratava de principiante - Penas fixadas no piso - Cassação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos de rigor, diante do quantum ora imposto e das circunstâncias verificadas in casu (réu que se dedicava ao tráfico de modo reiterado e habitual) - Regime fechado, único adequado à hipótese - Condenação confirmada em 2º grau que impõe imediata expedição de mandado de prisão para o início da execução - Precedentes do STF e do STJ - Apelo defensivo, não provido - Recurso da acusação, acolhido, com determinação.

No Superior Tribunal de Justiça, sustentou a defesa que o "*ora paciente cumpre os requisitos exigidos pela lei para aplicação [do redutor] no grau máximo, ou seja, a apelante é primário de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, tanto é que a M.M juíza de piso concedeu o redutor e aplicou regime inicial semiaberto, substituindo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços a comunidade*" (e-STJ fls. 9/10).

Alegou, ainda, a ausência de fundamentos suficientes para a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao recorrente.

Diante dessas considerações, pediu, liminarmente, a colocação do recorrente em liberdade ou a fixação do regime aberto e, no mérito, a aplicação da causa de diminuição descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em sua fração máxima, com a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Neste agravo regimental, a defesa pretende "*o reconhecimento do direito a aplicação do redutor legal previsto em lei no grau máximo, reduzindo a pena aplicada, alterando-se o regime inicial fixado e substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos*" (e-STJ fl. 604).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 543.505 - SP (2019/0331257-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Como se vê do relatório, busca a defesa, neste agravo regimental, a reforma da decisão monocrática que não reconheceu o tráfico privilegiado e seus consectários.

Pois bem.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

No que tange à aplicação da causa especial de diminuição de pena, de acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na espécie, o Tribunal de origem, reformando parcialmente a sentença, pronunciou-se desta forma quanto à aplicação do redutor (e-STJ fl. 373):

Já o Ministério Público busca o afastamento da incidência do redutor capitulado no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, a cassação da substituição da carcerária e a fixação de regime prisional fechado.

E tem razão o i. representante da acusação porque, de fato, o acusado, conquanto primário, foi inadvertidamente beneficiado.

*É que ficou suficientemente demonstrado que ele se dedicava à atividade ilícita de modo habitual e reiterado, **em razão da quantidade, da diversidade e da natureza dos entorpecentes que trazia consigo, isto é, 62 porções de cocaína, 118 de crack***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 24 maconha; da quantia de dinheiro apreendida na mesma oportunidade (R\$ 51,00), proveniente do comércio espúrio; e, ainda, das circunstâncias em que foi surpreendido pelos policiais militares - em dia útil, por volta das 11h05 -, tudo a revelar que não praticava a conduta ilícita pela vez primeira, emergindo claro, portanto, o seu envolvimento com atividade criminosa, especialmente com traficantes de maior porte, seus fornecedores, sem os quais não teria acesso aquele ponto de venda de drogas nem a essa variedade e quantidade de material ilícito, bem assim que não se dedicava à mercancia de forma inédita ou excepcional, tendo-a, na verdade, como profissão, a revelar incomensuráveis os danos que causou à saúde pública, motivo pelo qual deve prevalecer o estatuído no artigo 42 da citada Lei.

Ademais, referida causa especial de redução de pena, é sabido, deve ser concedida em prol daqueles que, a despeito de condenados pela prática de crime de tráfico ilícito, estão se iniciando no mundo do crime, tendo, por isso, maior chance de serem recuperados e reintegrados ao convívio social, mediante a imposição de sanções penais menos rigorosas.

Sua aplicação, porém, só se justifica em hipóteses bastante reduzidas, ante a necessidade de estarem presentes todos os requisitos enumerados no § 4º, do artigo 33, da lei em comento, o que não se verifica no caso em tela. (Grifei.)

Sob esse prisma, não vislumbro constrangimento ilegal, uma vez que a Corte local deixou de aplicar a referida causa especial de diminuição da pena respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com observância na quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, a evidenciar que o paciente dedica-se à atividade criminosa.

Por outro lado, a desconstituição dos fundamentos adotados pelo Tribunal de origem demanda ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o *habeas corpus*. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS [...] TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE.

[...]

2.De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3.A Corte local deixou de aplicar a minorante respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, ainda, com observância aos pormenores da situação concreta, que demonstraram que o paciente dedicava-se à atividade criminosa, excluindo a possibilidade de aplicação do pretendido redutor.

[...]

5.Desconstituir os fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demanda ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o habeas corpus.

6.Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 421.925/SP, Minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 02/03/2018, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1.Embora a acusada fosse tecnicamente primária ao tempo do delito e possuidora de bons antecedentes, as instâncias ordinárias entenderam incabível a aplicação da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com base em elementos concretos que indicam a sua integração em organização criminosa, voltada especialmente para o tráfico de drogas.

2.Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a agravante integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

3.Agravo regimental não provido (AgInt no HC 414.921/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MINORANTE. INCIDÊNCIA. PRETENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADES CRIMINOSAS. DEDICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS.

1.Deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos a decisão monocrática que julgou parcialmente concedida a ordem.

2.Para a aplicação do privilégio contido no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, impõe-se ao agente a primariedade, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa.

3. In casu, as instâncias ordinárias, com fundamento nas provas amealhadas aos autos, entenderam incabível a aplicação da minorante, ao fundamento de que a partir das provas carreadas nos autos, que o réu se dedica a atividades criminosas, notadamente o tráfico de drogas, cuja habitualidade no empenho da mercancia ilícita é destacada no relatório de investigações de fls. 35/36. Ademais, conforme REDS de fls. 05D/21D, o réu apresenta várias passagens policiais no mesmo local dos fatos que ensejaram a denúncia, inclusive quando menor.

4. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus (HC n. 372.505/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta turma, DJe 16/12/2016).

5. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 391.286/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 02/08/2017, grifei).

Quanto à fixação do regime prisional de cumprimento da pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, tratando-se dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Consideradas tais premissas, o regime inicial fechado foi abrandado para o semiaberto por ocasião do julgamento do HC n. 485.667/SP, que agora fica mantido em razão do *quantum* de apenamento do agravante – 5 anos de reclusão.

Nessa mesma linha, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois não se encontra preenchido o requisito disposto no art. 44, I, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0331257-4

AgRg no
HC 543.505 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00026936920178260548 203717 22150020220178260000 26936920178260548 88862017

EM MESA

JULGADO: 04/08/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DOMINGOS SAVIO DRESCH DA SILVEIRA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDER PEREIRA BAHIA
ADVOGADO : EDER PEREIRA BAHIA - SP287830
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON FLORENTINO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ANDERSON FLORENTINO DA SILVA
ADVOGADO : EDER PEREIRA BAHIA - SP287830
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.