



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 518.533 - SP (2019/0187238-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **HENRIQUE DA SILVA**
ADVOGADOS : **FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935**
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS OU QUE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA. REDUTORA APLICADA NA FRAÇÃO DE 1/2 EM RAZÃO DA VARIEDADE E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. NOVO MONTANTE DA PENA ESTABELECIDO EM 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO E 250 DIAS-MULTA. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA ALTERADO DE INICIAL FECHADO PARA O SEMIABERTO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

– 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 um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e *não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa*.

– A Corte estadual afastou o reconhecimento do tráfico privilegiado com base na quantidade de drogas apreendidas, sem, contudo, haver a demonstração incontestada, por meio de outros elementos concretos extraídos dos autos, de que ele efetivamente se dedicava à atividade criminosa ou integrava organização criminosa.

– Nesse contexto, tendo-se em vista a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de demonstração de que o paciente se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa, foi reconhecido o constrangimento ilegal em virtude da não incidência da minorante, a qual foi aplicada na fração de 1/2, em virtude da variedade e quantidade de drogas apreendidas, ficando sua reprimenda definitivamente estabilizada em 2 anos e 6 meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, além de 250 dias-multa.

– Apesar de o novo montante da pena permitir, em tese, a fixação do regime aberto, foi fixado o regime prisional intermediário, em virtude da gravidade concreta do delito, consubstanciada na diversidade e quantidade de entorpecentes apreendidos, circunstância essa que, inclusive, também serviu para modular o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer.

Brasília (DF), 10 de setembro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 518.533 - SP (2019/0187238-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **HENRIQUE DA SILVA**
ADVOGADOS : **FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935**
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL agrava regimentalmente contra decisão de minha relatoria, na qual não conheci do *writ* porque substitutivo de recurso especial. Não obstante, ao analisar os autos, concedi a ordem *ex officio* para aplicar ao paciente a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de 250 dias-multa, no regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

Afirma o agravante, contudo, que o *crime apurado nos presentes autos se trata de tráfico de expressiva quantidade e variedade de drogas, que poderiam ser disseminadas a um elevado número de usuários (149 invólucros plásticos contendo 138.9g de cocaína, 99 eppendorfs contendo 33.2g de cocaína e 27 invólucros de plástico, contendo 111.8g de maconha), [de modo que] entendo que não deve ser aplicada a causa especial de diminuição de pena (e-STJ fl. 124), pois evidenciado que o paciente se dedicava à atividade criminosa, diante da expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas (e-STJ fl. 125), não sendo o caso, portanto, de aplicação da causa de diminuição de pena descrita no § 4º do art. 33 da lei n. 11.343/2006.*

Pugna, por isso, pela reconsideração do *decisum* ou pela submissão do feito ao órgão colegiado, para que seja reformada a decisão agravada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 518.533 - SP (2019/0187238-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O agravo regimental é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão combatida, razões pelas quais merece conhecimento. No entanto, não obstante os esforços do agravante, **não constato elementos suficientes para reconsiderar minha decisão**, cuja conclusão mantenho por seus próprios fundamentos.

Conforme relatado, buscava a impetrante, em suma, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima e, por via de consequência, a fixação de regime prisional menos gravoso e a substituição da reprimenda do paciente.

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

Preliminarmente, observei 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 um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente **primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa**.

Sob essas diretrizes, ao rechaçar a aplicação da referida minorante, a Corte estadual asseverou que (e-STJ fls. 80/87, destaquei):

[...]

A denúncia afirmou que no dia 16 de fevereiro de 2018, às 16:00 horas, na Avenida Aguiar da Beira, nº 10, cidade de São Paulo, os Apelantes e Maurício Leite de Moraes se associaram para o fim de praticar os crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo. E no mesmo dia, hora e local, eles vendiam, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 149 invólucros de cocaína, com peso de 138,9g, 99 'eppendorfs' de cocaína, pesando 33,2g, e 27 invólucros de "maconha", com peso de 111,8g.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Satisfatoriamente comprovadas a materialidade e a autoria da imputação, fica-se com a conclusão da sentença, no sentido de que os réus vinham mesmo se dedicando ao tráfico ilícito, em decorrência das circunstâncias já aludidas e da quantidade de substâncias apreendidas.

Mantida a condenação de todos eles pelo tráfico, as penas merecem pequenos reparos.

O aumento das básicas deve ser afastado, porque a quantidade de droga apreendida não é assim tão expressiva, quando comparada a casos envolvendo toneladas de droga, e ainda mais quando se leva em conta a inviabilidade da incidência da causa especial de redução. E se a substância for desprovida de nocividade certamente não será considerada droga para efeitos penais.

Reduzidas ao mínimo legal na base, as penas de Alexandre e Diogenes sofreram acréscimo de 1/6, em razão da reincidência (certidões de fls. 348 e 444/446).

E por conta da recidiva e da pena ora concretizada cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta dias/multa, é inviável a incidência da causa especial de redução de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Apesar da primariedade do corréu Henrique, ele também não pode ser beneficiado com o tráfico privilegiado, benesse que deve ser reservada ao agente que pratica o tráfico miúdo, basicamente aquele que comercializa entorpecente para sustentar o próprio vício, mas essa decididamente não é a hipótese em exame, pois os réus movimentavam mais de 280,0g de entorpecentes. E pelas razões já indicadas, também a pena a ele aplicada não pode ser substituída por restritivas de direitos.

O regime inicial fechado é mantido, porque Alexandre e Diógenes são reincidentes, e também porque o tráfico ilícito de substância entorpecente é conduta das mais deletérias, que atenta contra a saúde e até mesmo a vida de considerável parcela da população, composta basicamente por jovens adolescentes, os quais, uma vez iniciados no vício, raramente dele conseguem se livrar. Além disso, se constitui em porta aberta para o cometimento de outros crimes, notadamente voltados contra o patrimônio, sabido que não raro usuário destituído de capacidade econômica subtrai bens alheios para conseguir dinheiro para sustentar o vício. Cuida-se, ademais, de conduta equiparada a crime hediondo. Tudo, enfim, a justificar maior rigor na retribuição.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para reduzir as penas de Diógenes Guilherme da Costa da Silva e Alexandre Carranhos a cinco (05) anos e dez (10) meses de reclusão e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quinhentos e oitenta (580) dias/multa, estendendo os efeitos dessa decisão ao corréu Maurício Leite de Moraes, em razão do que dispõe o artigo 580, do Código de Processo Penal; e para reduzir a pena de Henrique da Silva a cinco (05) anos de reclusão e quinhentos (500) dias/multa, mantida no mais a sentença.

Pela leitura do recorte acima, verifiquei que assistia razão à impetrante, tendo em vista que a Corte paulista afastou o reconhecimento do tráfico privilegiado ao argumento de que *a benesse deve ser reservada ao agente que pratica o tráfico miúdo, basicamente aquele que comercializa entorpecente para sustentar o próprio vício, mas essa decididamente não é a hipótese em exame, pois os réus movimentaram mais de 280,0g de entorpecentes* – (e-STJ fl. 86), sem, contudo, haver a demonstração incontestada, por meio de outros elementos concretos extraídos dos autos, de que o paciente efetivamente se dedicava à atividade criminosa ou integrava organização criminosa.

Dessa forma, tendo em vista a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de demonstração de que o paciente se dedicava a atividades criminosas ou integrasse organização criminosa, reconheci o constrangimento ilegal em virtude da não incidência da minorante, razão pela qual a dosimetria da sua pena foi refeita.

Na primeira fase, mantive a pena-base em 5 anos de reclusão, e 500 dias-multa, mantida inalterada na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, ante o reconhecimento do tráfico privilegiado, apliquei o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, em virtude da variedade e quantidade de drogas apreendidas – *111,8 gamas de maconha e 172,1 gramas de cocaína* –, ficando a reprimenda do paciente definitivamente estabilizada em 2 anos e 6 meses de reclusão, além de 250 dias-multa.

II. Regime de cumprimento de pena e substituição

Preliminarmente, ressaltei que, na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deveria expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente em relação às demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Na espécie, constatei da transcrição supra que o regime inicial fechado, mais gravoso do que a pena comportava, foi estabelecido com base na gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, em descompasso com a atual orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e da Suprema Corte. Dessa forma, o regime mais severo do que a pena aplicada foi estabelecido sem fundamentação idônea e em desacordo com os enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719, ambas do STF, que seguem transcritos:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Ademais, a aplicação de regime prisional mais severo do que a pena comporta não possuía lastro em fundamentação idônea, em evidente afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República e à Súmula n. 440/STJ, que segue transcrita: *fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade*

Desse modo, apesar de o novo montante da pena permitir, em tese, a fixação do regime aberto, deveria ser fixado o regime prisional intermediário, haja vista a diversidade e quantidade dos entorpecentes apreendidos – *111,8 gamas de maconha e 172,1 gramas de cocaína* (e-STJ fl. 80) –, circunstância essa que, inclusive, também serviu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para afastar a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, o que está em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior, no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou, ainda, outra situação que demonstrasse a gravidade concreta do delito perpetrado, como *in casu*, eram condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do *quantum* de pena imposta, de modo que fixei o resgate da reprimenda do paciente no regime inicial semiaberto.

A propósito, *mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APREENSÃO DE DROGA DE ALTA NOCIVIDADE. PACIENTE QUE OSTENTA OUTROS PROCESSOS PELA PRÁTICA DE IDÊNTICO DELITO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "B", E § 3º, DO CÓDIGO PENAL C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, reconhecida primariedade técnica do paciente e o quantum de pena (5 anos) permita, em tese, a fixação de regime mais brando, a quantidade e natureza das drogas apreendidas - 9 porções de maconha, 15 porções de cocaína e 28 pedras de crack -, justificam o regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 403.508/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 4/9/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. *Precedentes.*

III - O 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. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. *Precedentes.*

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 386.827/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 23/5/2017)

Por fim, consignei que, apesar de o novo montante da pena ser inferior a 4 anos de reclusão, era inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não preenchimento dos requisitos subjetivos previstos no art. 44, III, do Código Penal.

Assim, **não conheci** do *habeas corpus*. Contudo, **concedi a ordem ex officio** para fixar as penas do paciente em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 250 dias-multa, no regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0187238-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 518.533 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00018093620188260635 18093620188260635 20190000338473

EM MESA

JULGADO: 10/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRIQUE DA SILVA (PRESO)
CORRÉU : DIOGENES GUILHERME DA COSTA DA SILVA
CORRÉU : ALEXANDRE CARRAMANHOS
CORRÉU : MAURÍCIO LEITE DE MORAIS
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 : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : HENRIQUE DA SILVA
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer.