



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 503.657 - SP (2019/0101857-3)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : WELLINGTON LUIS RIBEIRO BANDEIRA JUNIOR
ADVOGADO : RAUL DOS SANTOS PINTO MADEIRA - SP318890
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. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006).

5. Caso em que as instâncias de origem estabeleceram o regime fechado com fundamentos abstratos. Mantido o regime semiaberto fixado no *habeas corpus*.

6. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas, pois, em razão da quantidade de pena definitiva – 6 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, 15 de agosto de 2019 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 503.657 - SP (2019/0101857-3)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : WELLINGTON LUIS RIBEIRO BANDEIRA JUNIOR
ADVOGADO : RAUL DOS SANTOS PINTO MADEIRA - SP318890
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 contra decisão monocrática de minha lavra que concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus*, para assegurar o regime semiaberto para o cumprimento da pena do ora agravante.

Depreende-se dos autos que o agravante foi denunciado pela suposta prática das condutas descritas nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos c/c o art. 40, III e VI, todos da Lei n. 11.343/2006.

Nos termos da peça acusatória, o agravante, juntamente com um corréu e dois adolescentes, trazia consigo, guardava, tinha em depósito e transportava, para fins de entrega a consumo de terceiros, **14 porções de maconha, pesando 19,1g (dezenove gramas e um decigrama), e 80 porções de cocaína, pesando 55,38g (cinquenta e cinco gramas e trinta e oito centigramas)**, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Superadas as demais fases processuais, o agravante foi condenado à pena de 6 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, a ser cumprida no regime fechado, bem assim ao pagamento de 620 dias-multa.

Contra o édito condenatório insurgiu-se a defesa.

Em sessão de julgamento realizada em 20 de setembro de 2018, os desembargadores integrantes da Sexta Câmara de Direito Criminal, por unanimidade de votos, deram parcial provimento ao recurso para reduzir a pena para 6 anos de reclusão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 600 dias-multa.

Eis a ementa do acórdão (e-STJ fl. 49):

Apelação Criminal – Tráfico Ilícito de Entorpecentes – Materialidade delitiva e autoria demonstradas – Prova tranquila para manutenção do decreto condenatório.

Penas – Penas-base acima do mínimo legal – Atenuante de menoridade relativa reconhecida em relação ao réu WELLINGTON - Causas de aumento previstas no art. 40, incisos III e IV, da Lei nº 11.340/06 - Correção para que a dosimetria da pena siga a ordem prevista no art. 68, do CP – Atenuantes e agravantes devem ser aplicadas antes das causas de diminuição e de aumento - Causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não reconhecida.

Regime inicial fechado – Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou concessão de “sursis”.

RECURSO DO RÉU RODRIGO DESPROVIDO E DO RÉU WELLINGTON PARCIALMENTE PROVIDO.

No Superior Tribunal de Justiça, sustentou a defesa ilegalidade, ante a falta de fundamentação concreta da decisão que afastou o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Alegou estarem presentes todos os requisitos para a concessão do redutor.

Aduziu que a única fundamentação para aplicar o regime fechado foi a de que o tráfico de drogas era equiparado aos crimes hediondos. Acrescentou que, "tendo sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não há razão a justificar o estabelecimento do regime fechado" (e-STJ fl. 9). Citou os enunciados 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Diante dessas considerações, pediu, liminarmente, que o ora agravante pudesse aguardar o julgamento do presente *writ* em liberdade ou, subsidiariamente, que fosse determinado o início do cumprimento da pena em regime aberto.

No mérito, buscou 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 85/87).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, caso dele se conhecesse, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 124/130).

Neste agravo regimental, a defesa alega que deve ser reconhecido o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no seu grau máximo, pois o agravante preenche todos os requisitos legais.

Com a aplicação do redutor, pugna pela fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 503.657 - SP (2019/0101857-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Nada obstante as judiciosas ponderações do agravante, tenho que o recurso não merece prosperar.

Com efeito, 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.

A razão de ser do chamado tráfico privilegiado, de que trata o citado dispositivo, consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida. A propósito, confira-se a seguinte lição:

Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente), vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se da pena mais branda. (in Lei penais e processuais penais comentadas. Guilherme de Souza Nucci. 9ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pp. 358-359.)

Conforme explanado na decisão agravada, o Tribunal de origem, reformando parcialmente a sentença, afastou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, assim fundamentando (e-STJ fl. 121):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não foi reconhecida a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista que restou demonstrado que os réus faziam da traficância seu meio de vida, dedicando-se com habitualidade às atividades criminosas.

Nesse ponto, não vislumbro constrangimento ilegal, uma vez que o Tribunal 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, ainda, aos pormenores da situação concreta, destacando que o agravante se dedicava às atividades criminosas, pois fazia da traficância seu meio de vida.

Dessa forma, não preenchendo todos os requisitos elencados pelo art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é inviável a aplicação do pretendido redutor.

Por outro lado, a desconstituição dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demandaria ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o *habeas corpus*.

Sobre o tema, colhem-se os seguintes julgados da jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA MAIOR QUE 4 ANOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No caso, a aplicação da minorante foi afastada, em decisão suficientemente motivada, segundo a qual a dedicação da recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes está evidenciada nos autos por conta do transporte de considerável volume de substância entorpecente em viagens internacionais (5,500g de cocaína), acondicionada de maneira condizente com o modus operandi de traficantes da região de Florianópolis, consoante informou o Agente da Polícia Federal, com as despesas custeadas por terceiros, bem como os inúmeros registros de viagens constantes da certidão de movimentos migratórios e do passaporte, tudo a evidenciar que a ré integra organização criminosa voltada à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática de tráfico internacional de drogas.

2. Concluído pelo Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos, que a recorrente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

3. Restando a pena definitiva superior a 4 anos, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos pois o agravante não atende ao requisito objetivo para o deferimento da permuta legal. (Precedentes.)

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 753.962/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016, grifei.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. REDUTOR DO ART.33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. "MULA". INAPLICABILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. FRAÇÃO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior de Justiça é no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de transportador ("mula"), integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. "Não pode esta Corte Superior, que não constitui instância revisora, proceder à alteração da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, nem da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, do mesmo diploma normativo, seja para majorá-las, seja para reduzi-las, sem revolver o acervo fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ" (ut, AgRg no REsp 1371371/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 25/9/2013).

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 962.949/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Na hipótese, o acórdão manteve o regime inicial fixado para cumprimento da pena nos seguintes termos (e-STJ fls. 121/122):

Justificada a manutenção do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

O art. 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal dispõe que o condenado poderá, desde o princípio, cumprir a pena em regime inicial semiaberto, quando a pena for superior a 4 e não exceder 8 anos.

Porém, tal dispositivo deve contar também com a observância do seu § 3º, que dispõe: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”, o que justifica a fixação do regime inicial fechado no presente caso.

O crime de tráfico ilícito de entorpecentes é de natureza muito grave e causa repulsa da sociedade. É equiparado a hediondo. Portanto, deve ser reprimido com severidade. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Depreende-se que as instâncias ordinárias decidiram com esteio apenas na gravidade em abstrato do delito, deixando de indicar elementos concretos dos autos que demonstrassem a real necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso, o que vai de encontro ao teor dos enunciados 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, bem como do enunciado 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõem:

Enunciado 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Enunciado 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Enunciado 440/STJ: 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 abstrata do delito.

Sob tal perspectiva e diante dos parâmetros acima aludidos, deve ser mantido o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda que foi imposta, concedido no *habeas corpus*.

Por fim, 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, diante da quantidade de pena definitivamente aplicada – 6 anos de reclusão.

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: 2019/0101857-3

AgRg no
HC 503.657 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006918920158260292 6918920158260292

EM MESA

JULGADO: 15/08/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAUL DOS SANTOS PINTO MADEIRA
ADVOGADO : RAUL DOS SANTOS PINTO MADEIRA - SP318890
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON LUIS RIBEIRO BANDEIRA JUNIOR
CORRÉU : RODRIGO INACIO DA SILVA

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 : WELLINGTON LUIS RIBEIRO BANDEIRA JUNIOR
ADVOGADO : RAUL DOS SANTOS PINTO MADEIRA - SP318890
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.