



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 478.595 - RS (2018/0299404-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : VINICIO ALBERTO MUCILO TRAJANO
ADVOGADO : VINÍCIO ALBERTO MUCILO TRAJANO - RS065418
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : CRISTIANO OLIVEIRA DA ROSA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. FRAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). APLICABILIDADE DO PATAMAR MÁXIMO DE 2/3. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REDUÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 33 E ART. 44, AMBOS DO CÓDIGO PENAL – CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 poderá ser aplicada quando cumpridos os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não dedicar-se a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

Na hipótese em apreço, resta evidenciado o constrangimento ilegal, porquanto não houve comprovação de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, e, apesar da natureza da droga apreendida (*crack*), a quantidade foi pequena (10g), o que por si só não justifica a aplicação da fração mínima em patamar inferior ao máximo (2/3), conforme o entendimento desta Quinta Turma.

3. Em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código Penal – CP), a pena-base ter sido mantida no mínimo legal, ter sido aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3, a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP) e a quantidade de droga apreendida não ter sido expressiva, o regime a ser imposto deve ser o aberto, de acordo com o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

4. O art. 44 do Código Penal é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos. Preenchidos os requisitos legais e sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pequena a quantidade de drogas apreendidas, faz jus o paciente à referida benesse.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa, fixar o regime prisional aberto para o cumprimento da pena, bem como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.

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, não conhecer do pedido e conceder, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de março de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 478.595 - RS (2018/0299404-8)

IMPETRANTE : VINICIO ALBERTO MUCILO TRAJANO
ADVOGADO : VINÍCIO ALBERTO MUCILO TRAJANO - RS065418
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : CRISTIANO OLIVEIRA DA ROSA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de CRISTIANO OLIVEIRA DA ROSA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferido na Apelação n. 70073605461.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado pelo delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes), à pena de 7 anos de reclusão, no regime fechado, e 700 dias-multa (fl. 465).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao apelo, por maioria, para aplicar a causa de diminuição da Lei de Drogas. O acórdão restou assim ementado:

APELAÇÃO CRIME. DELITO DE ENTORPECENTES. TRÁFICO DE DROGAS. APELAÇÃO DEFENSIVA. MATERIALIDADE. AUTORIA. CARACTERIZAÇÃO. PALAVRA DOS POLICIAIS. PROVA VÁLIDA. INIDONEIDADE NÃO DEMONSTRADA. APELO DEFENSIVO. Comprovada a materialidade e a autoria do delito de tráfico de drogas, inviável a absolvição pretendida. Para afastar-se a presumida idoneidade dos policiais (ou ao menos suscitar dúvida), é preciso que se constatem importantes divergências em seus relatos, ou que esteja demonstrada alguma desavença com os réus, séria o bastante para tomá-los suspeitos, pois seria incoerente presumir que referidos agentes, cuja função é justamente manter a ordem e o bem estar social, teriam algum interesse em prejudicar inocentes. O tráfico de drogas é tipo múltiplo de conteúdo variado, havendo diversos verbos nucleares que o caracterizam; portanto, o flagrante do ato da venda é dispensável para sua configuração, quando restar evidente que a destinação dos entorpecentes é a comercialização - como no caso restou comprovado. PENA. REDIMENSIONAMENTO. Reanálise das circunstâncias do art 59 do CP que conduzem à redução da reprimenda basilar. MINORANTE. APURAÇÃO. POSSIBILIDADE. Acusado comprovou atividade lícita e não possui antecedentes (possuía 32 anos na data do fato), o que afasta a presunção de que se dedica às atividades criminosas e possibilita a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão da benesse APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. POR MAIORIA (fl. 472).

A defesa interpôs embargos infringentes que foram desacolhidos pela Corte Estadual, conforme o acórdão, *in verbis*:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL TRAFICO DE DROGAS. APENAMENTO. REGIME PRISIONAL.

Observada a minorante de que trata o § 48 do artigo 33 da Lei Antidrogas, não faz jus o agente à redução superior à mínima prevista no dispositivo legal precitado, se dispunha de expressiva quantidade de droga de especial nocividade (quarenta e cinco pedras de crack)

E, fixada a sanção carcerária em quatro anos e dois meses de reclusão, não há cogitar da substituição da pena privativa da liberdade por restritivas de direitos afigurando-se, outrossim, adequada a determinação do regime prisional fechado, em razão do quantum do apenamento, da preponderância de quantidade e nocividade da droga apreendida e da regra posta no art 33, § 3º, do Código Penal

EMBARCOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS POR MAIORIA (fl. 486).

No presente *writ*, a defesa sustenta constrangimento ilegal decorrente da aplicação do redutor da pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no patamar mínimo, e assevera que o paciente faz jus a aplicação da fração máxima de 2/3.

Ressalta que a quantidade de droga apreendida foi ínfima, que o paciente não integra organização criminosa e que possui trabalho lícito, comprovado pela anotação em sua carteira de trabalho.

Pondera que o regime fechado foi indevidamente fixado pelo Juízo de primeiro grau com fundamento na quantidade de drogas, sendo que esta apreensão foi mínima. Invoca os enunciados das Súmulas ns. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal – STF e n. 440 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Argumenta que, incidindo a causa de diminuição em seu grau máximo, o paciente terá direito ao regime inicial aberto e a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito.

Requer, em liminar e no mérito, a redução da reprimenda em seu patamar máximo, bem como o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 541/542).

A defesa apresentou pedido de reconsideração (fls. 546/742), sendo mantido o indeferimento da liminar (fl. 745).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, pela concessão da ordem de ofício para aplicar a causa de diminuição da Lei de Drogas em patamar máximo, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena corporal por restritiva de direitos (fls. 767/778).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 478.595 - RS (2018/0299404-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

No caso dos autos, a impetrante busca a aplicação da fração máxima do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A princípio, é certo que o refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

O paciente foi preso em flagrante trazendo consigo "*pedras de crack*" pesando 10g (fl. 518).

Diante disso, o Juízo de primeiro grau condenou a paciente por tráfico de drogas à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 dias-multa. O Tribunal de Justiça *a quo*, por sua vez, por maioria, deu parcial provimento ao apelo da defesa, para reconhecer o tráfico privilegiado e redimensionar pena, que restou estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 416 dias-multa. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão, *verbis*:

A pena-base foi fixada em 07 anos de reclusão em razão da negatização das circunstâncias, consequências, personalidade, conduta social e culpabilidade.

Com relação à culpabilidade, a reprovabilidade social do fato concreto não se apresenta acima da comum à espécie delitiva, não havendo circunstância que se mostre fora do habitual para valorar negativamente a culpabilidade.

Não há elementos para a verificação da personalidade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assim como a conduta social não pode ser considerada reprovável.

As consequências são desconhecidas.

Embora entenda que as circunstâncias são desfavoráveis (tratando-se de crack), uma das drogas mais prejudiciais à saúde pública, dotada de alto potencial de vício, deixo de negar tal vetorial para utilizar a natureza da droga para aplicar a minorante, na terceira fase, na fração mínima.

Logo, redimensiono a pena-base para 05 anos de reclusão.

Com relação à minorante, entendo que o caso concreto comporta a concessão, uma vez que comprovou atividade lícita (fl. 204) e não possui antecedentes (o réu possuía 32 anos na data do fato e não havia se envolvido no universo criminoso até então), o que afasta a presunção de que se dedica às atividades criminosas e enseja a concessão da minorante.

Logo, aplico a benesse, mas no patamar mínimo de 1/6, em razão da natureza da droga, de modo que fica a pena definitivada em 04 anos e 02 meses de reclusão, com 416 dias-multa à razão unitária mínima.

O regime mantém-se o fechado. Explico.

Primeiramente, necessário consignar que o fato de a sentença não apontar qual a previsão legal em que se fundamenta o regime inicial fechado fixado conduz, necessariamente, à única regra vigente que determina a aplicação obrigatória de tal regime - qual seja, o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos.

E, por sua vez, a imposição de regime inicial fechado aos crimes hediondos, fundamentada exclusivamente no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, tem sido corriqueira nas sentenças que chegam a este Tribunal, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo mencionado.

Como a norma referida não teve sua eficácia suspensa pelo Senado Federal, permanecendo legalmente válida, não há impeditivo para que seja utilizada como fundamento legal pelo Juízo sentenciante. Porém, compartilho do entendimento já firmado pelo STJ e pelo STF, no sentido de que, nesses casos, invariavelmente deve ser revista a sentença e aplicadas as previsões contidas no art. 33 do CP.

Ocorre que, aplicando ao caso o art. 33 do CP, tenho que deve permanecer o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

(...)

A Lei de Drogas, a seu turno, prevê expressamente, no seu art. 42, que "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Assim, no meu entendimento, a natureza e a quantidade de drogas, considerado seu caráter preponderante sobre o art. 59 do CP, expressamente previsto, devem ser sopesadas na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, ajustando-se, tal entendimento, à previsão contida no § 3º do art. 33 do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso concreto, o réu foi flagrado com crack, o que não comporta, no meu entendimento, fixação de regime mais brando que o fechado.

Isso porque a droga referida figura dentre as que mais atingem o bem jurídico tutelado pela norma penal (saúde pública), sendo notória sua lesividade, de tal modo que o regime inicial fechado é o único que se mostra adequado para conferir à presente condenação o caráter preventivo e punitivo dela esperado.

(...)

Com relação ao pedido de substituição da pena, vai indeferido, em razão do quantum de pena não permitir, nos termos do art. 44, I, do CP.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO para redimensionar a pena privativa de liberdade para 04 anos e 02 meses e reclusão e 416 dias-multa, à razão unitária mínima, mantidas as demais cominações da sentença (fls. 519/523).

O voto vencido divergiu quanto à fração de redução a ser aplicada, expondo a viabilidade de se diminuir a pena no patamar de 1/2, assim, como também, entendeu cabível o regime inicial aberto e a substituição da pena corporal por duas restritivas de direito (fls. 523/524).

Extrai-se da transcrição acima que a Corte Estadual afastou o aumento da pena-base, mantendo-a no mínimo legalmente estabelecido de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, a pena intermediária manteve o patamar inicial. Por fim, aplicou a causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração mínima de 1/6, sendo fixada a pena definitiva em 4 anos e 2 meses de reclusão, além do pagamento de 416 dias-multa.

Inicialmente, como cediço, o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas disciplina a incidência de causa especial de redução da pena, hipótese denominada pela doutrina como "tráfico de drogas privilegiado". O dispositivo contém a seguinte redação:

Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sendo assim, para que o réu possa ter o benefício da diminuição, deverá cumprir, cumulativamente, 4 requisitos, quais sejam: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não se dedicar às atividades criminosas; (d) não integrar organização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa.

Os dois pressupostos iniciais são de avaliação estritamente objetiva, basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. Quanto às duas últimas condições, a análise envolve apreciação subjetiva do magistrado processante, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, para aferir se o apenado dedica-se às atividades criminosas ou integra organização criminosa.

Dessa forma, na hipótese dos autos, resta evidenciado o constrangimento ilegal, porquanto não houve comprovação de que o paciente se dedicava à atividade criminosa e, apesar da natureza da droga apreendida (*crack*), a quantidade foi pequena (10g), o que por si só não justifica a aplicação da fração mínima em patamar inferior ao máximo (2/3), conforme o entendimento desta Quinta Turma.

No mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA DO REDUTOR NO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. POUCA DROGA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ADEQUADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO INCISO III DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Em relação à aplicação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve considerar as circunstâncias do caso, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do quantum de diminuição. Precedentes.

III - Na espécie, cotejando a sentença condenatória e o acórdão impugnado, denota-se que não houve qualquer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação a lastrear a aplicação da fração mínima legal de 1/6 (um sexto) pela redutora contida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, existindo flagrante ilegalidade, a justificar a concessão da ordem de ofício.

Nesse contexto, a pequena quantidade de droga apreendida, vale dizer, 13 pedras de crack, bem como a primariedade do paciente, autorizam a incidência da redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo (2/3).

IV - Deve ser mantido o regime intermediário para resgate da reprimenda, uma vez que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal (1 ano de reclusão), em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, nos termos do art. 59, do Código Penal. Logo, a presença de circunstância judicial desfavorável impede a fixação do regime aberto, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o semiaberto, nos termos dos art. 33, §§2ª e § 3º, do Código Penal.

V - A presença de circunstância judicial desfavorável não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos por não preencher requisitos necessários, constantes do art. 44, inciso III, do Código Penal, mesmo sendo o paciente primário e tendo a pena sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para aplicar a fração máxima (2/3) pelo reconhecimento do tráfico privilegiado e redimensionar a pena do paciente para 2 (dois) anos de reclusão, mais pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, em regime semiaberto para resgate da reprimenda, mantido os demais termos da condenação (HC 466.753/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 22/10/2018).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 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 integrem organização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa.

3. É manifestamente desproporcional a redução da pena em 1/3, pela incidência da referida minorante, com fulcro na natureza da droga e na alegação genérica da gravidade do delito, quando ínfima a quantia de entorpecente apreendido (2,32 g de crack), aliada ao fato de que o paciente é primário, de bons antecedentes e não há prova de que se dedica habitualmente a atividades delitivas. Aplicação do índice de diminuição em 2/3. Precedente.

4. O pedido de alteração do regime prisional está superado, pois o paciente já se encontra no regime aberto, segundo informações do Juízo de origem.

5. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como para substituir a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução (HC 302.732/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 26/5/2017).

Nesse contexto, resta evidenciado o constrangimento ilegal. Destarte, impõe-se a redução da pena em 2/3, com base no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Assim, passo ao **redimensionamento** da pena imposta ao paciente. Na primeira etapa, mantenho a pena-base no mínimo legalmente estabelecido de 5 anos. Na segunda fase da dosimetria, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, mantenho a pena inicial. Na terceira fase, aplico a fração máxima de 2/3 da minorante da Lei de Drogas, restando a pena definitiva no patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multas.

Quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Por outro lado, esta Corte Superior, por ocasião do julgamento da Pet n. 11.796/DF, de relatoria da em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, afetado ao rito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos recursos repetitivos, consignou o entendimento de que o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do Enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 29/11/2016).

Sedimentou-se também, 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.

In casu, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal, pois, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código Penal – CP), a pena-base ter sido mantida no mínimo legal, ter sido aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3, a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP) e a quantidade de droga apreendida não ter sido expressiva, o regime a ser imposto deve ser o **aberto**, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, c, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME ABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

II - Ademais, não é idônea a utilização da quantidade de droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena. Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 62.627/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/4/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. **PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Os fundamentos genéricos utilizados na sentença não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. Hipótese na qual o réu é primário e a pena-base corresponde ao mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva inferior a 4 (quatro) de reclusão. A teor do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime aberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se por outro motivo estiver descontando pena em regime mais severo (HC 343.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/3/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA E NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

[...]

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal.

5. Hipótese em que a Corte de origem fixou o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial mais gravoso, com fulcro na gravidade abstrata e natureza hedionda do delito, em manifesta afronta ao entendimento firmado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

6. Fixada a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão (art. 33, caput, c/c art. 40, VI, da Lei de Drogas), verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, sobretudo quando assentado no acórdão impugnado não ser expressiva a quantidade de droga apreendida.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 369.210/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 12/12/2016).

Outrossim, quanto à substituição da pena por restritiva de direitos, registro que, no julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o referido benefício, nos termos do art. 44 do CP.

Destarte, observo que a paciente preenche os requisitos previstos no referido dispositivo, na medida em que a pena é inferior a 4 anos, é primário e as circunstâncias judiciais foram todas favoráveis, além da quantidade de droga apreendida não ter sido expressiva. Assim, cabível a substituição da sanção privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL TOTAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO REDUTORA DE 2/3 APLICADA. PENA REDUZIDA PARA PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA. PACIENTE PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

- Hipótese em que as instâncias ordinárias aplicaram a fração intermediária de redução pela causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com lastro na natureza e diversidade das drogas apreendidas, argumentos que se alinham à jurisprudência desta Corte. Todavia, apesar de o caso tratar do tráfico de dois tipos altamente nocivos de droga, a quantidade apreendida (2,6 gramas de crack e 5,3 gramas de cocaína) não foi tão elevada a ponto de justificar a fração escolhida, sendo adequada ao caso, portanto, a aplicação da redução em 2/3.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n.

97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012.

- Hipótese em que, considerando o novo montante da pena corporal, qual seja, 1 ano e 8 meses de reclusão, a primariedade do acusado e a pequena quantidade da droga apreendida, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, o regime aberto para cumprimento da pena e substituída a pena corporal por duas medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, ante o trânsito em julgado da condenação.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituída a pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais (HC 367.855/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 4/10/2016).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, que se torna



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento 166 dias-multa, fixar o regime prisional aberto para o cumprimento da pena do paciente, bem como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0299404-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 478.595 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01521300042280 02079266720138217000 14402013 1521300042280
2079266720138217000 70054832993 70073605461 70075082255

EM MESA

JULGADO: 21/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VINICIO ALBERTO MUCILO TRAJANO
ADVOGADO : VINÍCIO ALBERTO MUCILO TRAJANO - RS065418
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : CRISTIANO OLIVEIRA DA ROSA (PRESO)

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

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.