



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 483.235 - SP (2018/0329099-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : SERGIO LUIS MINUSSI
ADVOGADO : SÉRGIO LUÍS MINUSSI - SP172465
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO DE SOUZA GABRIEL

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). APLICABILIDADE NA FRAÇÃO MÁXIMA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (3G DE CRACK). 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 a atividades criminosas, além de que a quantidade de droga apreendida foi pequena (6 pedras de crack – 3g), o que justifica, inclusive, a aplicação da minorante em seu patamar 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 pequena a quantidade de drogas apreendidas, faz jus o paciente à referida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benesse.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, que se torna definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento 194 dias-multa, fixar o regime prisional aberto para o cumprimento de pena do paciente, bem como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções e revogar o acórdão quanto à execução provisória da pena.

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 483.235 - SP (2018/0329099-3)

IMPETRANTE : SERGIO LUIS MINUSSI
ADVOGADO : SÉRGIO LUÍS MINUSSI - SP172465
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO DE SOUZA GABRIEL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de TIAGO DE SOUZA GABRIEL, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0000285-07.2017.8.26.0613.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, e art. 40, inc. III, ambos da Lei 11.343/2006 (tráfico de entorpecente majorado), à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso, determinando a expedição do mandado de prisão, em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS - NULIDADE - EXAME DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA INDEFERIMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE DÚVIDA SOBRE A INTEGRIDADE MENTAL DO RÉU QUE JUSTIFICASSE A REALIZAÇÃO DA PERÍCIA - DECISÃO MANTIDA - PRELIMINAR REJEITADA

APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS NULIDADE - INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA - AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - INOCORRÊNCIA - DILIGÊNCIA AFASTADA DE FORMA FUNDAMENTADA - TESTEMUNHAS DE ANTECEDENTES - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO-ARGUIÇÃO AFASTADA.

APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS: 1) ABSOLVIÇÃO - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - INOCORRÊNCIA - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CRIME PERMANENTE; 2) DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS - IMPOSSIBILIDADE - CONJUNTO PROBATÓRIO EVIDENCIA O DOLO E A INTENÇÃO DE ENTREGAR AS DROGAS PARA TERCEIROS - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

APELAÇÃO: TRÁFICO DE DROGAS - REDUÇÃO DA REPRIMENDA INADMISSIBILIDADE: 1) AFASTAMENTO DA MAJORANTE - DELITO PRATICADO PRÓXIMO CLUBE RECREATIVO - PERIGO ABSTRATO: 2) CAUSA DE DIMINUIÇÃO § 4º, ARTIGO 33 - INAPLICABILIDADE - CARACTERÍSTICAS DO CRIME E PECULIARIDADES DO RÉU REVELAM A GRAVIDADE E REPROVABILIDADE DA CONDUTA - QUANTIDADE DE ENTORPECENTES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS QUE IMPEDEM A DIMINUIÇÃO - REPRIMENDA FIXADA DE FORMA MÓDICA E DENTRO DOS LIMITES LEGAIS - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL - IMPOSSIBILIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS E DO CRIME EXIGEM A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - MODALIDADE MENOS SEVERA PARA O CUMPRIMENTO DA PENA MOSTRA-SE INSUFICIENTE E INADEQUADA À REPRESSÃO DO DELITO - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTO NO ARTIGO 33 DO CÓDIGO PENAL - RECURSO NÃO PROVIDO (fls. 249/250).

No presente *mandamus*, a defesa sustenta que a expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado da condenação se mostra desarrazoada.

Alega que carece de fundamentação idônea a negativa em se aplicar a minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo, sustentando ser o paciente primário, de bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa.

Ressalta que foram apreendidos 3 gramas de cocaína na forma de *crack* (6 pedras), quantidade que não é significativa para afastar o redutor da Lei de Drogas.

Requer, assim, em liminar, a revogação da prisão imposta em segunda instância, para que possa aguardar em liberdade o julgamento deste *habeas corpus*. No mérito, pleiteia pela incidência da § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, no seu grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses, mais 166 dias-multa, afastando-se o caráter de hediondez do delito bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

O pedido de liminar foi deferido "*apenas para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o esgotamento dos prazos recursais ordinários, perante o Tribunal estadual*" (fls. 267/269).

As informações foram prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 275/293 e 299/302).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e subsidiariamente, pela prejudicialidade do *writ* quanto ao pedido de suspensão da execução provisória, com revogação da liminar, e pela denegação da ordem quanto aos demais pedidos (fls. 305/311).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 483.235 - SP (2018/0329099-3)

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 do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a fixação de regime mais brando para o cumprimento inicial da pena, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a suspensão da execução provisória da pena.

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 em um clube recreativo, trazendo consigo 6 porções de cocaína na forma de "pedras de crack" pesando 3g.

Diante disso, o Juízo de primeiro grau condenou a paciente por tráfico de drogas majorado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 dias-multa, nos seguintes termos:

*Isso posto, e considerando o mais do que dos autos consta, julgo PROCEDENTE a ação penal e, via de consequência, condeno TIAGO DE SOUZA GABRIEL, RG 46.340.825-1-SP, nascido em 06/07/1989, filho de Aparecido Gabriel e Cleusa Maria Moreira, como incurso nos artigos 33 e art. 40. inc. III, ambos da Lei nº 11.343/06. Apurada a responsabilidade penal, atento às regras de fixação de penas estampadas nos artigos 59 e 60, do Código Penal, passo a dosar a pena de condenação, quanto ao réu. **As circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP são favoráveis ao réu, pelo que fixo a pena base no mínimo legal. Na segunda fase da dosimetria, verifico que não há atenuantes ou agravantes a serem consideradas. Na terceira fase da dosagem, não há causas de diminuição a serem consideradas. Todavia, diante da causa de aumento prevista no artigo 40, inc. III, da Lei 11.343/06, a pena anterior sofrerá um acréscimo de 1/6 (um***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sexto), totalizando 5 (cinco) anos e 10 (dez) dias de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. O requerido é tecnicamente primário nestes autos. Mas, em seu poder, foram encontradas seis porções de crack, embaladas em saco plástico, prontos para venda. Além dos entorpecentes, os agentes da lei encontraram alguma quantidade de dinheiro, cuja origem não restou cabalmente comprovada. Ademais, conforme os policiais ouvidos, o carro do requerido era alvo de inúmeras delações dando conta da prática da traficância, que eram recebidas tanto pela Polícia Civil quanto pela Polícia Militar, tanto que havia troca de informações no intuito de localizar o veículo mencionado nas denúncias. Obvio, portanto, que não se trata, de um "traficante" de primeira viagem. Tais fatos ao lado dos já mencionados na fundamentação, afastam a aplicação do redutor. Assim, chego à pena total e definitiva de 5 (cinco) anos e 10 (dez) dias de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. ao valor unitário de 1/30 (um trigesimo) do maior salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, atualizando-se consoante manda a lei. O regime inicial do cumprimento de pena é o FECHADO, porque os fatos são extremamente graves, considerando a quantidade de droga apreendida. Pelas mesmas razões, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão do "sursis". Deveras, tais benefícios não são compatíveis, concretamente, com a necessária reprovação e a indispensável prevenção da conduta incriminada. Afinal, como é sabido, a pena além de ressocializadora deve servir para prevenção geral e específica, de modo que a reprimenda aplicada venha a inibir a ação de outras pessoas (prevenção geral), bem como servir como repreensão ao delinqüente (prevenção específica). Assim sendo, a pena aplicada deve ser suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Não bastasse isso, é de se ter em conta que seria um verdadeiro absurdo que, concretamente, fosse a pena privativa de liberdade substituída por outra restritiva de direitos, já que isso tornaria possível que uma pessoa condenada por tal crime prestasse serviços a comunidade p.ex. em uma escola - onde fatalmente teria farta clientela - ou em um hospital, onde teria grande quantidade de substância entorpecente muito próxima. Por isso, com a devida vênia dos que pensam diferentemente, repudio o entendimento de que, a não ser em casos específicos e isolados, tal substituição seja possível, ainda quando a quantidade de pena concretamente imposta não seja suficiente para afastar o benefício (fls. 168/169).

O Tribunal de Justiça a quo, por sua vez, negou provimento ao apelo da defesa, mantendo a pena e o regime fixados na sentença. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão, *verbis*:

O Magistrado fixou as penas nos mínimos legais, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

piso.

Na segunda fase, as reprimendas permaneceram inalteradas.

Na terceira fase, as reprimendas foram majoradas para 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, em razão de o crime ter sido cometido nas imediações de estabelecimento recreativo conforme versão das testemunhas e do próprio acusado.

[...]

Por outro lado, quanto a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4ª da Lei 11. 343/06, o dispositivo faculta ao Magistrado sua concessão, que está livre ainda para estabelecê-lo no patamar que entender adequado, diante da análise do caso concreto, respeitando-se o princípio da individualização da pena.

No presente caso, realmente, correta a não aplicação daquele redutor, porquanto, como bem exposto em lo grau, além da quantidade de drogas e sua natureza, "os agentes da lei encontraram alguma quantidade de dinheiro, cuja origem não restou cabalmente comprovada. Ademais, conforme os policiais ouvidos, o carro do requerido era alvo de inúmeras delações dando conta da prática da traficância, que eram recebidas tanto pela Polícia Civil quanto pela Polícia Militar, tanto que havia troca de informações no intuito de localizar o veículo mencionado nas denúncias. Obvio, portanto, que não se trata, de um traficante de primeira viagem. Tais fatos ao lado dos já mencionados na fundamentação, afastam a aplicação do redutor.", condições que revelam, ao menos, dedicação àquela atividade criminosa.

Por outro lado, ainda que não se tenha provas exatas sobre a qual facção criminosa pertença o acusado, é certo que para vender drogas em qualquer local ele deve, necessariamente, estar inseridos na estrutura da facção criminosa estabelecida naquela região, uma vez que, ainda, não há "livre concorrência" na venda de tóxicos.

Ora, seria leviano acreditar que o réu, desempregado, simplesmente comprou papelotes de drogas em outro ponto de tráfico, escolheu aquele local, e iniciou o "negócio", de forma organizada.

Tal conclusão não se trata de suposição ou mera conjectura, pois é de conhecimento público e notório, notícias divulgadas diariamente pela imprensa, a disputa de pontos de venda de drogas entre organizações criminosas rivais.

Aliás, impossível deixar de destacar, novamente, a decisão de 1º grau sobre tal circunstância, "é fato notório que o tráfico da cocaína e do crack no Estado de São Paulo é monopolizado pelo primeiro comando da Capital, facção criminosa que se utiliza de pequenos traficantes para conseguir atingir o consumidor final do produto que importa, manufatura e distribui. Ao Magistrado não é dado ignorar os fatos que comumente acontecem na Comarca em que atua. Em São Sebastião da Gramma não se produz crack" (fl. 155).

Ademias, o elevado número de processos envolvendo o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico de drogas, crime típico e intrínseco ao crime organizado, que assola nossa sociedade, seja enfraquecendo os serviços públicos, aumentando a demanda por tratamentos de saúde, afastando crianças, adolescentes e adultos da educação e afrontando, diuturnamente, a segurança, ou arrebanhando verdadeiro "exército" ao cooptar "soldados" para a prestação de "serviços", seja guardando, transportando ou vendendo drogas e armas de fogo, além de corromper de forma ativa e passiva agentes públicos.

Assim, as circunstâncias de crimes dessa natureza devem ser avaliadas além dos contornos jurídicos, ou seja, de forma mais ampla, também, sob o prisma ético, político e cultural, uma vez que se trata de verdadeiro crime organizado, enraizando-se no cotidiano da sociedade, levando à conclusão de que Tiago se dedicava às atividades criminosas de tráfico de drogas, bem como há indícios de que integre organização criminosa, sendo impossível cogitar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

[...]

No tocante ao regime prisional, está correta a fixação do regime inicial fechado.

Não se desconhece a decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 111.840/ES, Rei. Min. Dias Toffoli, j. 14.06.2012) que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos, o qual prevê o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, mas nitidamente, de forma incidental, sem efeito erga omnes.

Por esta razão, é entendimento majoritário deste c. Tribunal de Justiça a aplicabilidade da referida norma, impondo-se a fixação do regime inicial mais severo, como se retira do teor de recente acórdão da lavra do Eminentíssimo Des. Edison Brandão, na apelação nº 0002479-41.2010, julgada em 02/07/2013.

Assim, ainda que não fosse pelo quantum das penas, o regime inicial de cumprimento deveria ser mesmo o fechado, em consonância com os princípios da necessidade e da suficiência (CP, arts. 33 e 59).

Descabido, por conseguinte, falar-se em progressão de regime, porquanto mantida a pena e regime prisional.

Sem embargo, ao réu facultou-se aguardar o julgamento do recurso em liberdade. Contudo, mantida a condenação que impôs o regime fechado para o cumprimento da pena, cumpre lembrar a decisão do plenário do c. Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus nº 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, em 17.2.2016, confirmado ainda tal posicionamento em mais recente decisão da Suprema Corte (HC nº 135.407/DF, rei. Min. Edson Fachin, j. em 2.8.2016), em que, acertadamente se corrige posicionamento anterior questionável e se passa a admitir o cumprimento da pena após condenação ou confirmação em segunda instância, exatamente como no presente caso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se ressaltou no citado writ, não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias, não havendo qualquer comprometimento do princípio constitucional da presunção de inocência.

Com efeito, pois o implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural do esgotamento das instâncias ordinárias, de modo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada, se tratando de cumprimento do título condenatório, este sim caracterizado pela necessidade de robusta motivação (grifo nosso) (fls. 256/261).

Extraí-se das transcrições acima que as instâncias ordinárias mantiveram a pena-base no mínimo legalmente estabelecido, mantida a pena inicial em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, a pena intermediária manteve o patamar de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Por fim, em razão de o delito ter sido praticado nas imediações de um clube recreativo, a pena foi aumentada em 1/6 em razão da majorante prevista no art. 40, inc. III, da Lei n. 11.343/06, sendo fixada a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, além do pagamento de 583 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convicção existentes nos autos, para aferir se o apenado dedica-se às atividades criminosas ou integra organização criminosa.

Na hipótese dos autos, a sentença e o acórdão guerreado não apresentaram fundamentação idônea para afastarem a causa especial de redução da pena pretendida, porquanto negaram a benesse legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, bem como, pelas delações apontando a prática de traficância pelo paciente em seu veículo, tendo o Tribunal de origem divagado sobre a criminalidade e apresentado especulações ao afirmar que, *"ainda que não se tenha provas exatas sobre a qual facção criminosa pertença o acusado, é certo que para vender drogas em qualquer local ele deve, necessariamente, estar inseridos na estrutura da facção criminosa estabelecida naquela região, uma vez que, ainda, não há "livre concorrência" na venda de tóxicos. Ora, seria leviano acreditar que o réu, desempregado, simplesmente comprou papелotes de drogas em outro ponto de tráfico, escolheu aquele local, e iniciou o "negócio", de forma organizada"* (fl. 257).

Nesse contexto, resta evidenciado o constrangimento ilegal, porquanto não houve comprovação de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, até porque a quantidade de drogas apreendida foi pequena (6 pedras de crack – 3g), o que justifica, inclusive, a aplicação da minorante em seu patamar 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).

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, conservo a fração de 1/6 da majorante do art. 40, inc. III, da Lei de Drogas (delito praticado nas imediações de clube recreativo) e aplico a fração máxima de 2/3 da minorante da lei em comento, restando a pena definitiva no patamar de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento 194 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Agravado regimental desprovido (AgRg no RHC 62.627/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/4/2016).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento 194 dias-multa, fixar o regime prisional aberto para o cumprimento de pena do paciente, bem como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções e revogar o acórdão quanto à execução provisória da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0329099-3

HC 483.235 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002850720178260588 00002850720178260613 2017 2850720178260588
2850720178260613 4482017

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 : SERGIO LUIS MINUSSI
ADVOGADO : SÉRGIO LUÍS MINUSSI - SP172465
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO DE SOUZA GABRIEL

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.