



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 478.823 - SP (2018/0301546-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LUCIMEIRY PIRES DE AVILA
ADVOGADO : LUCIMEIRY PIRES DE AVILA - SP0155753
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO VICENTE DA SILVA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. ANTERIOR TRANSAÇÃO PENAL PELO CRIME DE USO DE DROGAS E QUANTIDADE DE DROGAS, QUE NÃO É TÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. RESTABELECIMENTO DO REDUTOR. FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA. RAZOÁVEL QUANTIDADE E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DE PARTE DOS ENTORPECENTES. PENA DA SENTENÇA RESTABELECIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS E PRIMARIEDADE. RAZOÁVEL QUANTIDADE E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DE PARTE DAS DROGAS APREENDIDAS. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, III, DO CP. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. Hipótese em que a Corte local afastou a minorante com base em fundamentos inidôneos, quais sejam, o anterior processamento do paciente pelo crime de uso de drogas, no qual foi aplicado o benefício da transação penal, além da quantidade e natureza das drogas apreendidas, que não é excessiva para justificar, de forma isolada, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o agente integra organização criminosa ou se dedica ao tráfico de forma habitual

3. A quantidade e a natureza dos entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes. No caso, o paciente faz jus ao restabelecimento da minorante, na fração de 1/2 prevista na sentença, tendo em vista a quantidade e a natureza especialmente deletéria de parte das drogas apreendidas.

4. Em consequência do redimensionamento da pena do paciente, que é primário, para patamar que não excede 4 anos de reclusão e, por outro lado, sopesado o desvalor da razoável quantidade e natureza especialmente deletéria de parte das drogas apreendidas, que ensejou a aplicação da minorante em fração intermediária, incumbe restabelecer o regime inicial semiaberto aplicado na sentença, na esteira do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal c/c o 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

5. Embora a pena do paciente tenha sido redimensionada para 2 anos e 6 meses de reclusão, a razoável quantidade e a nocividade de parte dos entorpecentes apreendidos não recomendam a substituição, nos termos do inciso III do art. 44 do CP.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para de ofício, para restabelecer a pena e o regime prisional fixados na sentença.

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 "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 478.823 - SP (2018/0301546-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LUCIMEIRY PIRES DE AVILA
ADVOGADO : LUCIMEIRY PIRES DE AVILA - SP0155753
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO VICENTE DA SILVA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FABRICIO VICENTE DA SILVA DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 1502069-79.2017.8.26.0536).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante constante do § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 20/24).

Irresignadas, as partes interpuseram apelações, sendo improvido o recurso da defesa e parcialmente provido o ministerial para afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, razão pela qual a pena do paciente foi redimensionada para 5 anos de reclusão e multa, além de alterar o regime prisional para inicial fechado (e-STJ fls. 25/36). Segue a ementa do acórdão:

Apelação. Tráfico de drogas. Recurso defensivo postulando a absolvição por insuficiência probatória ou a desclassificação para o artigo 28 da Lei de Drogas. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para sustentar a condenação, nos moldes em que proferida. Pena básica fixada no mínimo legal. Recurso ministerial buscando a exasperação da básica. Não acolhimento. Pedido do Ministério Público postulando o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Possibilidade. Quantidade e variedade de drogas apreendidas que impedem a incidência da causa do redutor, além das circunstâncias do delito denotarem que o réu se dedicava a essa atividade criminosa. Pena redimensionada para 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Regime inicial modificado para o fechado. Recurso ministerial parcialmente provido. Recurso defensivo improvido.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/13), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, embora ele preencha os requisitos legais para a incidência do benefício. Afirma que a existência de processo em curso contra o paciente ou a quantidade de drogas não são critérios idôneos para fundamentar a não incidência do privilégio.

Além disso, assevera que o regime inicial fechado, mais gravoso que a pena aplicada comporta, não possui lastro em fundamentação idônea, devendo ser abrandado.

Em consequência da redução da pena, entende ser cabível o regime aberto e a substituição da pena.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente aguarde em regime semiaberto o julgamento deste *writ*. No mérito, pede a concessão da ordem para que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada em seu patamar máximo, redimensionando-se a pena do paciente, além do abrandamento do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 41/43).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 47/51, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 478.823 - SP (2018/0301546-3)

VOTO

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

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal decorrente do afastamento do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e no estabelecimento do regime inicial fechado. Em consequência da redução da pena, a impetrante pede a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos.

Nos termos do § 4º do art. 33 da Lei 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 organizações criminosas.

Essa causa especial de diminuição de pena tem por objetivo conferir tratamento mais benéfico aos traficantes iniciantes e não imersos na prática criminosa.

A partir dessa premissa e com base no art. 42 da Lei 11.343/2006, a jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas podem servir de parâmetro para a modulação da fração de diminuição ou até impedir a incidência do benefício quando evidenciar o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no REsp 1.644.417/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 29/3/2017; HC 385.437/SP, de minha relatoria, DJe 27/3/2017; HC 324.284/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 08/3/2016.

No caso, o Juízo sentenciante reconheceu que o paciente preenche os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, pois é primário, possui bons antecedentes, não integra organização criminosa, tampouco faz do tráfico o seu meio de vida, razão pela qual reduziu a sua pena em metade, com base na natureza das drogas apreendidas, e fixou o regime semiaberto (e-STJ fl. 23).

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* acolheu a irresignação do *Parquet* para afastar a minorante e, em consequência, redimensionar a pena do paciente para 5 anos de reclusão, além de fixar o regime fechado. Seguem os fundamentos utilizados pela Corte local para excluir a causa especial de diminuição de pena (e-STJ fls. 34/35):

Na última etapa do cálculo, com a devida vênia ao entendimento do MM. Juiz sentenciante, a meu aviso a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não pode ser aplicada no caso em tela, haja vista que tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, de “primeira viagem”, e não aqueles que estão inseridos em atividades criminosas, efetivamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprometidos com o tráfico e que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso do acusado, surpreendido com significativa quantidade de entorpecentes (repita-se: 1,6g de maconha e 26,5g de cocaína), não sendo razoável pensar que alguém que esteja se iniciando nesse hediondo comércio traga consigo tamanha quantidade e variedade de drogas de alto potencial lesivo, entre elas a cocaína, causadora de dependência química rápida e danos irreversíveis que podem levar o usuário a óbito em pouco tempo de uso. Registre-se, ademais, por oportuno, que na aplicação do preceito o Juiz deve levar em conta, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do delito, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena e, no caso vertente, o réu, conquanto primário, demonstra acentuada periculosidade, na medida em que já foi processado por porte de drogas, tendo sido beneficiado com a concessão da transação penal (cf. fl. 95), denotando, assim, que se dedicava a essa nefasta atividade criminosa.

De rigor, portanto, o afastamento da benesse prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, prejudicado o apelo defensivo nessa parte. Em consequência, a pena do réu Fabrício Vicente da Silva dos Santos fica redimensionada para 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso mínimo.

Assim, ressei da transcrição supra que a Corte local afastou a minorante com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas (26,5g de cocaína e 1,6g de maconha), além do anterior processamento do paciente pelo crime de uso de drogas, em cujo âmbito foi aplicado o benefício da transação penal.

Entretanto, aplicado o benefício da transação penal, não há falar em anterior condenação ou em dedicação a atividades criminosas. Aliás, o recente entendimento desta Corte é no sentido de que a anterior condenação pela prática do crime de uso de drogas não induz reincidência e, portanto, não impediria a aplicação do privilégio no crime de tráfico de drogas. A propósito: REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA, Sexta Turma, DJe 30/8/2018; HC 453.437/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 15/10/2018.

Além disso, na espécie, a quantidade das drogas apreendidas não é expressiva o suficiente para, de forma isolada, concluir que o agente integra organização criminosa ou se dedica ao tráfico de forma habitual. Em hipóteses análogas, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE NÃO LEVAM À CONCLUSÃO DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. VARIEDADE E NOCIVIDADE DE UMA DAS DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO REDUTORA DE 1/3 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NOCIVIDADE DO ENTORPECENTE QUE POSSIBILITA A FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ACÓRDÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO PARA ACUSAÇÃO E DEFESA. CASSADA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

- Hipótese em que a quantidade das drogas apreendidas não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação da acusada, que é primária, às atividades ilícitas, de modo que a fundamentação utilizada pelo acórdão recorrido não se sustenta para, no caso em tela, afastar a figura do tráfico privilegiado.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para, cassando a liminar deferida, reconhecer o privilégio e, em decorrência, reduzir as penas da paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 388 dias-multa (HC 385.243/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 28/3/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXPRESSIVA. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DA PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM METADE. SUFICIENTE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum dessa redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese em que a falta de ocupação lícita pelo agente e a inexpressiva quantidade de droga apreendida (23,6 g de cocaína) não justificam o afastamento do redutor pelo tráfico privilegiado. A míngua de elementos concretos que indiquem a dedicação da paciente a atividades criminosas, e considerando sua primariedade e bons antecedentes, é suficiente a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em patamar médio (1/2), atento aos vetores do art. 42 da Lei. Manifesta ilegalidade verificada.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, ficando a pena final em 2 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 250 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser fixada pelo Juízo das Execuções (HC 378.556/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 15/2/2017).

Em consequência, resulta inidônea a motivação utilizada pelo Tribunal *a quo* para o decote do privilégio, fazendo jus o paciente ao restabelecimento da minorante, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fração de 1/2 prevista na sentença, tendo em vista a quantidade e a natureza especialmente deletéria de parte das drogas apreendidas.

Afinal, prescreve o art. 42 do mesmo estatuto, 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*. Dessa forma, a consideração da natureza e quantidade da droga constitui critério idôneo para a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, na primeira fase da dosimetria da pena, ou para a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, quando for o caso.

Na mesma esteira:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO ACUSADO EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. QUANTIA E ESPÉCIE DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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 organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que denotem a habitualidade do paciente na prática delitiva ou ser integrante de organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a quantidade da droga apreendida - 10 porções de cocaína (19,2 g) e outros 281 eppendorfs com a mesma substância (49, 1g) - não se mostram excessiva, por si só, para impedir a concessão de benefício em questão, cabendo, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/2, atento aos vetores do art. 42 da referida Lei.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, redimensionando a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão mais 250 dias-multa, bem como para estabelecer o regime semiaberto. (HC 472.999/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, 27/11/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. FRAÇÃO MÍNIMA (1/6). POSSIBILIDADE. PROCESSO EM ANDAMENTO. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. CRITÉRIO LEGAL. REGIME FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE PEQUENA DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. POSSIBILIDADE. ART. 33, § 2º, ALÍNEA "B", DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 é expresso ao afirmar: "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". Na hipótese, a Corte estadual ressaltou, além do paciente possuir processo anterior em andamento, a natureza altamente viciante da mercadoria ilícita, a forma de acondicionamento (parte em porções individuais), para justificar a aplicação da fração da minorante no mínimo, entendimento que está em consonância com esta Corte Superior.

[...]

6. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional semiaberto. (HC 470.910/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA Turma, DJe 10/12/2018).

Em consequência do redimensionamento da pena do paciente, que é primário, para patamar que não excede 4 anos de reclusão e, por outro lado, sopesado o desvalor da razoável quantidade e natureza especialmente deletéria de parte das drogas apreendidas, circunstância que ensejou a aplicação da minorante em fração intermediária, incumbe restabelecer o regime inicial semiaberto previsto na sentença, na esteira do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal c/c o 42 da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em hipóteses análogas, assim procedeu esta Corte Superior:

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. QUANTIDADE DA DROGA. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. READEQUAÇÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Hipótese em que verificada a primariedade, os bons antecedentes e o fato de não restar comprovado que a paciente se dedique ao tráfico ou integre organização criminosa, mostra-se desproporcional a incidência da fração mínima pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, com base apenas na quantidade de droga apreendida (21,75g de crack), sendo adequada à hipótese a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau médio (1/2), atento aos vetores do art. 42 da referida lei.

5. Valorada negativamente uma das circunstâncias judiciais (a natureza da droga), o regime inicial semiaberto (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena de 2 anos e 9 meses de reclusão, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, ficando a reprimenda final da paciente em 2 anos e 9 meses de reclusão, mais pagamento de 275 dias-multa, em regime semiaberto. (HC 368.281/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 1º/2/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIABILIDADE. EMBORA PRESENTES NOCIVIDADE E VARIEDADE, A PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS PERMITE O PROPORCIONAL AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA APLICADA. REPRIMENDA REDUZIDA. MANTIDO O REGIME PRISIONAL SEMIABERTO, MAIS GRAVOSO DO QUE A PENA COMPORTA, ANTE A NOCIVIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS, VALORADAS NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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 n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- No caso, embora o paciente seja primário e a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporte, em princípio, o regime inicial aberto, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela variedade e a nocividade das drogas apreendidas (cocaína e crack), elementos que, inclusive, justificaram a escolha da fração redutora de 1/2 pelo tráfico privilegiado, recomenda o estabelecimento do regime inicial semiaberto. Inteligência do art. 33, § 3º, do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para reduzir as penas do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 250 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 411.133/MG, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 27/9/2017).

Por fim, embora a pena do paciente tenha sido redimensionada para 2 anos e 6 meses de reclusão, a razoável quantidade e a especial nocividade de parte dos entorpecentes apreendidos não recomendam a substituição, nos termos do inciso III do art. 44



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do CP.

Nessa linha, destaco:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONDENADO PRIMÁRIO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGISTRO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO DO ART. 44, III, DO CP NÃO PREENCHIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

3. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois não preenchido o art. 44, III, do CP, haja a vista "o comércio de espécie de droga de altíssimo poder destrutivo - crack", que "dava-se há vários meses".

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 308.543/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 22/6/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para restabelecer a pena e o regime prisional fixados na sentença.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0301546-3

HC 478.823 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15020697920178260477 20180000195430

EM MESA

JULGADO: 07/02/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUCIMEIRY PIRES DE AVILA
ADVOGADO : LUCIMEIRY PIRES DE AVILA - SP0155753
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO VICENTE DA SILVA DOS SANTOS (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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.