



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 742.866 - SP (2022/0147935-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : DIECO NATANAEL CAMARGO SILVA (PRESO)
ADVOGADOS : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA E OUTRO - SP127537
GUSTAVO GESUALDO CORTES VILLARES - SP463495
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO ADEQUADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Embora o agente seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto mostra-se adequado para o início do cumprimento das sanções impostas, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial (quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes), nos termos dos art. 33, §§ 2º e 3º, do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de junho de 2022 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 742.866 - SP (2022/0147935-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **DIECO NATANAEL CAMARGO SILVA (PRESO)**
ADVOGADOS : **CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA E OUTRO - SP127537**
: **GUSTAVO GESUALDO CORTES VILLARES - SP463495**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por **DIECO NATANAEL CAMARGO SILVA**, de decisão na qual concedi a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, redimensionando a sanção para 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, em regime semiaberto (e-STJ, fls. 37-41).

Alega o agravante que a quantidade e natureza dos entorpecentes não constituem elementos idôneos e suficientes para deixar de fixar o regime aberto e aplicar a permuta legal.

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* ou a submissão do feito ao colegiado para fixar o modo prisional mais brando e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 742.866 - SP (2022/0147935-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **DIECO NATANAEL CAMARGO SILVA (PRESO)**
ADVOGADOS : **CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA E OUTRO - SP127537**
: **GUSTAVO GESUALDO CORTES VILLARES - SP463495**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO ADEQUADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Embora o agente seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto mostra-se adequado para o início do cumprimento das sanções impostas, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial (quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes), nos termos dos art. 33, §§ 2º e 3º, do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

O agravo não merece prosperar.

A decisão recorrida, transcrita a seguir, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, porque ela está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

"Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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. Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A corte de origem, ao reduzir a sanção estabelecida ao paciente, manteve afastado do redutor do tráfico privilegiado com amparo nos seguintes fundamentos:

"Mas as penas do réu comportam redução, para afastar-se a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06.

É que, consoante tem decidido esta Colenda 13ª Câmara de Direito Criminal, não basta que a prisão em flagrante tenha ocorrido nas imediações dos locais especificados no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, cumprindo à acusação demonstrar que o agente, efetivamente, se valia dessa proximidade para obter algum benefício na traficância, ônus do qual, porém, não se desincumbiu.

A respeito: "A causa de aumento da pena somente tem lugar quando o agente nos locais ali especificados se encontrar com o intuito de conseguir clientela ou ampliar seu torpe comércio de tóxicos, difundindo o vício entre doentes, estudantes ou presidiários" (TJSP, Ap.5.803-3, 2ª Câ., j. 16-3-1981, rel. Des. Rezende Junqueira, v. u., RT 558/310).

Consequentemente, afastada a causa especial de aumento de pena mencionada, as penas do apelante são reconduzidas ao patamar mínimo, ou seja, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa.

E, embora tecnicamente primário, "a quantidade e variedade das drogas, aliadas à existência de informações pretéritas dando conta de que o apelante vinha traficando com habitualidade, revelam sua estreita ligação com prática delitiva de alta periculosidade e indicam dedicação à atividade criminosa, impedindo a aplicação do redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06", bem discorre ainda a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça (e-STJ, fl. 276).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A teor 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 organizações criminosas.

In casu, o Tribunal *a quo* afastou o redutor do tráfico privilegiado, por entender que as denúncias anônimas associadas circunstâncias do delito, em que foi flagrado na posse total de 30 pedras de *crack* (4,1g), 2 porções maiores da mesma substância (9,2g) e 3 porções de cocaína (10g), denotarem a habitualidade delitiva do paciente.

Entretanto, de uma análise atenta dos autos, entende-se que tais circunstâncias não são suficientes para denotar a contumácia delitiva do paciente.

Como cediço, esta Corte Superior vem se manifestando no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, isoladamente consideradas, não constituem elementos suficientes para afastar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao pretexto de o agente se dedicar ao comércio espúrio.

Confirmam-se, a propósito, os segures precedentes da Quinta e da Sexta Turma deste Tribunal Superior:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO DE 1/6. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS BASEADA EXCLUSIVAMENTE NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do tráfico privilegiado na fração de 1/6.

2. Esta Corte vem se manifestando no sentido de que isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado (AgRg no REsp n. 1.687.969/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/3/2018).

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC 670.280/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2021, DJe 10/08/2021)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 1º/7/2021), a Terceira Seção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Corte Superior de Justiça decidiu que a utilização supletiva dos elementos relativos à natureza e à quantidade de drogas apreendidas, na terceira fase da dosimetria, para fins de afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.

2. Uma vez que, no caso, a quantidade de drogas apreendidas foi sopesada pela Corte estadual para, isoladamente, levar à conclusão de que o réu seria dedicado a atividades delituosas, deve ser aplicado, em seu favor, o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC 617.191/RO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 04/11/2021).

Vale anotar que a quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes já foram sopesadas na primeira etapa da dosimetria para exasperar a pena-base, de modo que não poderão ser utilizadas neste momento para modular a redutora do tráfico privilegiado, sob pena de incidir em *bis in idem*, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, **em sede de repercussão geral**, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014). Nesse sentido: (HC 341.563/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017).

Desse modo, considerada a primariedade, os bons antecedentes e não havendo outros elementos que denotem a habitualidade delitiva do paciente, deve o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ser aplicado na fração máxima (2/3).

Passo à dosimetria do delito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

A pena-base foi estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, em razão da quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes, nos termos dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006, a qual retornou ao mínimo legal, na segunda etapa, pela incidência da atenuante de menoridade relativa. Na terceira fase, preenchidos os requisitos da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, reduziu a sanção na fração de 2/3, resultando em 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, entende-se que deve ser mantido o modo intermediário.

No caso, tratando-se de paciente primário e estabelecida a sanção em patamar inferior a 4 anos, o modo prisional semiaberto é o adequado para o início da pena reclusiva, em razão da valoração negativa de circunstância judicial (quantidade, diversidade e natureza dos entorpecentes), conforme art. 33, § 2º e 3º do Código Penal c.c o 42 da Lei n. 11.343/2006.

Confira-se:

"HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. PENA DE MULTA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REFORMATIO IN PEJUS, OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a imposição do regime aberto, diante da existência de circunstância judicial desfavorável, a saber, a natureza das drogas apreendidas - ecstasy, LSD e cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado ao paciente, condenado à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, sendo razoável a imposição do regime inicial intermediário.

2. Verificada a ocorrência de *reformatio in pejus* no acórdão guerreado, em razão da aplicação de multa em valor superior ao fixado na sentença condenatória, mister o restabelecimento do montante fixado em primeira instância.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0000699-53.2008.8.16.0013, bem como restabelecer o valor da multa fixada pelo Juízo de primeira instância."

(HC 372.695/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/2/2017, DJe 10/2/2017).

No que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que vedavam a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas. Tais proibições foram, inclusive, suprimidas do texto legal por meio da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Portanto, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos condenados por delitos previstos na Lei de Drogas, se preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito mostra-se insuficiente, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), especificamente a natureza, a quantia e a variedade das drogas apreendidas, circunstâncias judiciais negativamente valoradas.

Sobre o tema, o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. VALORAÇÃO NEGATIVA. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA O ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E PARA NEGAR A SUBSTITUIÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES QUE NÃO JUSTIFICA O REGIME EXCESSIVAMENTE MAIS GRAVOSO. ADEQUAÇÃO PARA O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME INTERMEDIÁRIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a parcial inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. A valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos. Precedentes.

5. No caso, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, sopesados na terceira fase da dosimetria, constitui fundamento idôneo para a fixação do regime prisional mais gravoso e para negar a substituição por restritivas de direitos. Entretanto, tais circunstâncias apenas justificam o regime intermediário, tendo em vista que o paciente é primário e a condenação não é superior a 4 anos.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 390.554/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração de 2/3, redimensionando a sanção para 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, em regime semiaberto.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se" (e-STJ, fls. 38-41)

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0147935-2

AgRg no
HC 742.866 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15000425620198260083 20299032019

EM MESA

JULGADO: 14/06/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADOS : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA - SP127537
GUSTAVO GESUALDO CORTES VILLARES - SP463495
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIECO NATANAEL CAMARGO SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : DIECO NATANAEL CAMARGO SILVA (PRESO)
ADVOGADOS : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA E OUTRO - SP127537
GUSTAVO GESUALDO CORTES VILLARES - SP463495
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.