



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 513.752 - SP (2019/0160663-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : THIAGO QUINTANA REIS
ADVOGADO : THIAGO QUINTANA REIS - SP333794
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS RODRIGO CATARIN

EMENTA

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 E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. QUANTIA E ESPÉCIE DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. NATUREZA DE CRIME COMUM. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO STJ. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. 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 integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese na qual a instância ordinária, de forma motivada, atenta as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade da droga apreendida – 1 porção de cocaína (47,21g) –, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria, para fazer incidir a minorante em 1/2, o que não se mostra desproporcional. Precedentes STJ e STF.

5. Embora o acusado seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantia da substância apreendida, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

6. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da quantidade e da natureza das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas apreendidas (art. 44, III, do CP).

7. Acompanhando o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* 118.533/MS, a Quinta e a Sexta Turmas deste Superior Tribunal de Justiça, revendo posição anterior, passaram a adotar orientação no sentido de que o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para início da pena reclusiva, afastado o caráter hediondo do delito.

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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 13 de agosto de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 513.752 - SP (2019/0160663-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : THIAGO QUINTANA REIS
ADVOGADO : THIAGO QUINTANA REIS - SP333794
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS RODRIGO CATARIN

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **VINICIUS RODRIGO CATARIN**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, mais pagamento de 166 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a qual foi substituída por restritivas de direitos.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial para exasperar a pena para 2 anos e 6 meses de reclusão mais pagamento de 250 dias-multa, em regime fechado, afastada a permuta legal.

Neste *habeas corpus*, alega o impetrante que, preenchidos os requisitos legais, não pode o julgado deixar de aplicar a minorante na fração máxima tão somente pela quantidade de entorpecente apreendido.

Aduz ser cabível o regime aberto e a aplicação da permuta legal, nos termos dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 do Código Penal, sobretudo por ser o paciente primário, de bons antecedentes e a pena ser inferior a 4 anos.

Salienta que o tráfico privilegiado não se equipara mais aos delitos considerados hediondos.

Requer, assim, a aplicação do redutor na fração máxima, a fixação do regime aberto, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos e afastado o caráter hediondo do crime imputado ao agente.

Liminar deferida para determinar que o paciente aguarde o julgamento do mérito no regime aberto (e-STJ, fls. 155-157).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, para permitir que o paciente aguarde o julgamento definitivo da ação no regime aberto (e-STJ, fls. 163-167).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 513.752 - SP (2019/0160663-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : THIAGO QUINTANA REIS
ADVOGADO : THIAGO QUINTANA REIS - SP333794
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS RODRIGO CATARIN

EMENTA

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 E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. QUANTIA E ESPÉCIE DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. NATUREZA DE CRIME COMUM. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO STJ. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. 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 integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese na qual a instância ordinária, de forma motivada, atenta as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade da droga apreendida – 1 porção de cocaína (47,21g) –, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria, para fazer incidir a minorante em 1/2, o que não se mostra desproporcional. Precedentes STJ e STF.

5. Embora o acusado seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantia da substância apreendida, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

6. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (art. 44, III, do CP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Acompanhando o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* 118.533/MS, a Quinta e a Sexta Turmas deste Superior Tribunal de Justiça, revendo posição anterior, passaram a adotar orientação no sentido de que o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para início da pena reclusiva, afastado o caráter hediondo do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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 Corte de origem, ao reformular a pena do acusado, estabeleceu o redutor do tráfico privilegiado na fração de 1/2, pelos fundamentos a seguir expostos:

"Por outro lado, quanto ao corréu Vinicius, agiu acertadamente o Magistrado quando reconheceu a presença dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois a simples referência no sentido de que o acusado exerce a traficância, desacompanhada de prova concreta, não significa que se dedique à atividade criminosa, ou que integre organização criminosa dessa natureza a ponto de justificar a exclusão da causa especial de diminuição da pena.

Cuida-se, na verdade, de causa especial de diminuição de pena que deve ser aplicada sempre que presentes os requisitos legais previstos na Lei de Drogas, ou seja, mera suposição não proíbe a redução.

Portanto, se era cabível o redutor aplicado na sentença, como a quantidade e nocividade de droga não foram circunstâncias sopesadas na primeira fase, podem, agora, balizar o percentual de redução da pena.

[...]

Bem por isso, como foi apreendida uma porção de cocaína, com quase 50g, a redução da pena de 1/2 se mostra mais razoável, de modo que a pena final deste acusado fica elevada para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, de valor unitário mínimo" (e-STJ, fls. 144-145).

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 integrarem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores têm decidido que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, o Tribunal de origem estabeleceu o patamar de redução da pena em 1/2, diante da quantidade do entorpecente apreendido - 1 porção de cocaína (47,21g).

Cabe destacar que tal vetor foi utilizado exclusivamente na terceira etapa da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria pena, inexistindo, portanto, *bis in idem*.

Desse modo, apresentados motivos idôneos para o índice definido, a alteração desse *quantum* é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A respeito, os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/3. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME PRISIONAL. PACIENTE PRIMÁRIO CONDENADO A PENA INFERIOR A 4 ANOS E REDUTORA NÃO APLICADA NO MÁXIMO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Deve ser mantida a fração redutora de 1/3, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade da droga apreendida.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 422.546/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/12/2017, DJe 13/12/2017);

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida em poder do paciente - 50 g de *crack* -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

2. *Habeas corpus* denegado.

(HC 401.496/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 5/9/2017, DJe 18/9/2017).

Ademais, vale lembrar que "o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que "[o] juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, como ocorreu no caso concreto" (HC nº 115.149/SP, Segunda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 2/5/13)" (RHC 133.974, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 7/2/2017, PUBLIC 3-3-2017).

Especificamente, quanto o sopesamento da quantidade e variedade da droga para a escolha do patamar de redução, já concluiu a Suprema Corte que "não há impedimento a que essas circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena" (HC 129.555 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 7/10/2016, PUBLIC 27-10-2016).

Quanto ao regime prisional, melhor sorte socorre ao impetrante.

O Tribunal de origem estabeleceu o modo mais gravoso pelos seguintes fundamentos:

"Por outro lado, quanto ao regime de cumprimento de pena, tem razão o ilustre Promotor de Justiça, pois, como se sabe, o tráfico de drogas causa indiscutível abalo à ordem pública, na medida em que o traficante consegue atingir um número elevado de pessoas, que acabam se envolvendo em outros delitos.

Por isso, em face da gravidade concreta da conduta e da evidente periculosidade daqueles envolvidos nesses crimes, de rigor a segregação do corréu Vinicius no regime fechado, onde poderá demonstrar aptidão e preparo para voltar a conviver em sociedade, não se mostrando razoável, sempre respeitado o convencimento do ilustre Magistrado sentenciante, a aplicação de regime aberto para o cumprimento da pena"

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos a eles equiparados **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

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 diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso, segundo se observa, o Tribunal de origem não trouxe fundamentação concreta para a definição do modo mais severo de cumprimento de pena, na medida em que destacou apenas a natureza hedionda e a gravidade abstrata do delito, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (HC 382.300/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 14/3/2017).

Dessa forma, estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos e aferida a quantidade de droga apreendida na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o modo intermediário é o **adequado** para a reprovação do delito, conforme legislação de regência.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (COCAÍNA). ART. 42 DA LEI 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Sedimentou-se, 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.

2. No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo-legal, reconhecida primariedade do paciente e o *quantum* de pena permita, em tese, a fixação do regime mais brando, a natureza da droga apreendida - cocaína -, justifica a imposição de regime mais gravoso, no caso o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

3. O col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Com efeito, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. Na hipótese dos autos, após estabelecer a reprimenda do paciente em 2 (dois) anos de reclusão, a Corte estadual entendeu insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão das circunstâncias do caso concreto, sobretudo diante da natureza da substância apreendida - cocaína -, o que não destoa da jurisprudência desta Corte Superior.

Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 375.316/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/5/2017, DJe 25/5/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, inexistente coação ilegal a ser sanada, pois, embora o paciente seja primário e a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporte, em princípio, o regime inicial aberto, o regime intermediário foi fixado com base na gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, elementos que, inclusive, justificaram a escolha da fração redutora de 1/2 pelo tráfico privilegiado. Inteligência dos art. 33, § 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 386.152/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 22/8/2017).

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 quantidade da droga apreendida.

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Por fim, em relação ao afastamento do caráter hediondo do delito, cumpre consignar que o Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, no exame do HC n. 118.533/MS, julgado em 23/6/2016, de relatoria da Ministra CÁRMEN LÚCIA, passou a entender que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda", conforme ementa a seguir transcrita:

"*HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. **O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.**

2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.

4. Ordem concedida."

(STF, HC 118.533, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 23/6/2016, DJe 16/9/2016).

A partir de então, a Quinta e a Sexta Turmas desta Corte Superior, revendo a anterior posição, passaram a acompanhar o recente julgado da Suprema Corte.

Confiram-se:

"EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES À PENA DE 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006. CRIME HEDIONDO. RESP REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA N. 1.329.088/RS. ENTENDIMENTO ALTERADO PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE (HC-118.533/MS). APLICAÇÃO DO ART. 927, V, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, C/C ART. 3º DO CPP. INDULTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 1º, XIV, DO DECRETO N. 8.380/2014. DEFERIMENTO.

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. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça, por meio do recurso especial representativo da controvérsia (REsp n. 1329088/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 26/4/2013), entendimento no sentido de que a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não afasta a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

3. No entanto, deve-se acompanhar recente decisão do plenário da Suprema Corte, no exame do HC n. 118.533/MS, julgado em 23/6/2016, de Rel. da Ministra Cármen Lúcia, na qual se assentou que 'o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda'. Aplicação do art. 927, V, do Novo CPC, c/c art. 3º do CPP.

4. No caso, o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, tendo cumprido, em prisão provisória, 10 (meses) e 17 (dias), o que autoriza a concessão do indulto, a teor do art. 1º, XIV, do Decreto Presidencial n. 8.380/2014.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastando a hediondez do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, deferir o indulto pleno ao paciente, nos termos do Decreto Presidencial n. 8.380/2014."

(HC 370.687/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 27/10/2016).

"HABEAS CORPUS. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REVISÃO DAS PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. É incabível em *habeas corpus* a revisão da prova que levou à condenação dos pacientes ou mesmo a desclassificação da conduta imputada para a infração penal prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

2. É possível a determinação de execução provisória da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias.

3. Diz a jurisprudência que, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STF). Além disso, a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada (Súmula



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

718/STF).

4. Configura constrangimento ilegal a imposição, sem motivação idônea, de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permite (Súmula 719/STF).

5. A vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas não encontra respaldo no entendimento dos Tribunais Superiores, não subsistindo as vedações previstas nos arts. 33, § 4º, e 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

6. Segundo recente julgado do Plenário do STF, o chamado tráfico privilegiado não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime aberto como inicial para cumprimento da pena e a fim de restabelecer a substituição da reprimenda nos termos em que concedida na sentença."

(HC 363.677/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/9/2016, DJe 22/9/2016).

Desse modo, a execução penal do paciente deve tomar o crime praticado como crime comum, e não como crime de natureza hedionda, para fins de análise de possíveis benefícios.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de estabelecer o regime semiaberto para início do cumprimento da pena reclusiva, afastado o caráter hediondo do delito.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0160663-1

HC 513.752 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002605120178260594 0000260512017826059484517 2605120178260594 67292017

EM MESA

JULGADO: 13/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : THIAGO QUINTANA REIS
ADVOGADO : THIAGO QUINTANA REIS - SP333794
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS RODRIGO CATARIN
CORRÉU : FERNANDO HENRIQUE RAMOS MACHADO

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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.