



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 562.200 - RS (2020/0039030-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **ANDERSON DA SILVA VIEIRA (PRESO)**
ADVOGADO : **VLADIMIR DE AMORIM SILVEIRA - RS075834**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DAS DROGAS. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. 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.

2. 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.

3. Hipótese em que, embora o Tribunal *a quo* tenha se valido da quantidade de drogas - 14 buchas de cocaína (5,30g) e um invólucro plástico contendo 35 pedras de *crack* (12g) - para fixar o patamar de redução em 1/6, à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente e considerando sua primariedade e seus bons antecedentes, tenho como suficiente a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, atento aos vetores do art. 42 da referida lei.

4. O regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva de 2 anos e 6 meses de reclusão, diante da valoração negativa da quantidade da droga apreendida, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

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

6. Agravo regimental desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de junho de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 562.200 - RS (2020/0039030-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **ANDERSON DA SILVA VIEIRA (PRESO)**
ADVOGADO : **VLADIMIR DE AMORIM SILVEIRA - RS075834**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de agravo regimental interposto por **ANDERSON DA SILVA VIEIRA**, contra decisão desta Relatoria (e-STJ, fls. 350-356), que não conheceu do *habeas corpus*. Contudo, concedeu a ordem, 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, mantido o regime inicial semiaberto.

A defesa argumenta que o paciente faz jus à redução da minorante do tráfico privilegiado na fração de 2/3, conforme diversos julgados desta Corte Superior.

Requer, assim, "o provimento do agravo regimental a fim de ser concedida a redutora máxima de 2/3, e ato contínuo a substituição da pena de prisão pela restritivas de direitos, conforme o entendimento pacificado desta colenda 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça." (e-STJ, fl. 568)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 562.200 - RS (2020/0039030-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **ANDERSON DA SILVA VIEIRA (PRESO)**
ADVOGADO : **VLADIMIR DE AMORIM SILVEIRA - RS075834**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DAS DROGAS. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. 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.

2. 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.

3. Hipótese em que, embora o Tribunal *a quo* tenha se valido da quantidade de drogas - 14 buchas de cocaína (5,30g) e um invólucro plástico contendo 35 pedras de *crack* (12g) - para fixar o patamar de redução em 1/6, à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente e considerando sua primariedade e seus bons antecedentes, tenho como suficiente a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, atento aos vetores do art. 42 da referida lei.

4. O regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva de 2 anos e 6 meses de reclusão, diante da valoração negativa da quantidade da droga apreendida, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

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

6. Agravo regimental desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

A pretensão recursal não merece êxito, uma vez que a defesa não apresentou fundamentos capazes de modificar o entendimento anteriormente adotado.

Dessa forma, mantenho a decisão agravada a seguir transcrita, por seus próprios fundamentos:

"[...] o Tribunal de origem manteve a incidência do redutor do tráfico privilegiado, na fração de 1/6, pelos seguintes motivos:

"Não prospera a pretensão de reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em grau máximo. A respeito da fração a ser aplicada na redução, defende a doutrina:

[...]

No caso em apreço, efetivamente, a diversidade, quantidade e a qualidade de droga - cerca de 14 porções de cocaína e 35 pedras de crack -, deve na esteira do art. 42 da Lei de Drogas, ensejar maior reprovação. Observo que, no caso em apreço, as referidas vetoriais negativas foram utilizadas exclusivamente para balizar a redutora. Como se vê, em linhas gerais, a pena até foi branda.

A substituição da pena privativa de liberdade encontra vedação no art. 44, inciso I, que proíbe a benesse aos condenados com pena superior a 04 anos.

Ante ao exposto, nego provimento ao recurso." (e-STJ, fl. 460)

Nos termos do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para que incida a causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, é necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

O entendimento desta Corte é de que a mencionada norma tem como objetivo beneficiar, apenas, pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

Tem-se decidido também que, na falta de parâmetros legais, a quantidade de droga apreendida, dentre outras circunstâncias do delito, pode servir para a definição do patamar de redução – de um sexto até dois terços – e para impedir a aplicação do referido benefício quando evidenciar a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

No caso, observa-se que a instância ordinária aplicou a minorante no percentual de 1/6, tendo em vista a **quantidade de drogas** apreendidas.

Contudo, considerando-se a primariedade do paciente, seus bons antecedentes e a quantidade de entorpecentes apreendidos - **14 buchas de cocaína (5,30g) e um invólucro plástico contendo 35 pedras de crack (12g)** -, no caso, tenho como suficiente a aplicação do redutor do art. 33, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, atento aos vetores do art. 42 da referida lei.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVO MINISTERIAL. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. PRESSUPOSTOS ATENDIDOS PELO AGRAVADO. PLEITO PELA MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO AO CASO. CONFORMIDADE COM O ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP.

I - A quantidade e variedade de drogas apreendidas com o agravado, por si só, não se revela apta a evidenciar que ele se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa. Ademais, não foram declinadas as circunstâncias do caso concreto que corroborariam tal conclusão. Assim, tendo em vista que o agravado é primário, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Entretanto, em consonância com o art. 42 da nova Lei de Tóxicos, utilizo a quantidade e variedade de droga apreendida como parâmetro, diminuindo a pena aplicada em 1/2 (metade).

II - Ademais, a pena do agravado foi fixada abaixo de quatro anos. Não obstante, não se pode olvidar que a quantidade e variedade de entorpecentes foi considerada na terceira fase da dosimetria, modulando-se a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Sendo desfavorável tal circunstância, impede a fixação do regime menos gravoso unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao agravado, devendo, contudo, ser mantido o regime intermediário para o início de cumprimento da pena, qual seja, o semiaberto.

Agravo regimental do Ministério Público Federal não provido."

(AgRg no AREsp 1020105/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 30/10/2017);

"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. ACUSADO QUE NÃO POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO. REGIME PRISIONAL. NATUREZA DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. FLAGRANTE 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas 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. O fato de o paciente não ter comprovado ocupação lícita, por si só, não constitui elemento suficiente para afastar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

5. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente e considerando sua primariedade, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em 1/2, diante da aferição desfavorável da quantidade de drogas (78,293 *crack*). Precedentes.

6. Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP.

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

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em 1/2, redimensionando a sanção do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 250 dias-multa."

(HC 433.490/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 22/3/2018, DJe 2/4/2018).

Passo, assim, a readequação da pena.

A pena-base foi estabelecida em 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa, pela aferição favorável das circunstâncias judiciais, tendo sido mantida na etapa intermediária. Na última fase, reduzo-a na fração de 1/2, pela aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da citada norma, tornando-a definitiva em **2 anos e 6 meses de reclusão mais o pagamento de 250 dias-multa**, ante a inexistência de outras causas de aumento e diminuição de pena.

O regime prisional não merece alteração.

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 STF, 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 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.

Assim, considerando a primariedade do paciente e que a pena foi imposta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em patamar inferior a 4 anos, o modo intermediário mostra-se **adequado e suficiente** para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantidade das drogas apreendidas, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Confira:

"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. 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 destoia 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 das drogas apreendidas.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 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, mantido o regime inicial semiaberto" (e-STJ, fls. 517-522).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0039030-5

AgRg no
HC 562.200 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00638221020108210015 01521000063827 1521000063827 638221020108210015
70039418033 70065283632

EM MESA

JULGADO: 16/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VLADIMIR DE AMORIM SILVEIRA
ADVOGADO : VLADIMIR DE AMORIM SILVEIRA - RS075834
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDERSON DA SILVA VIEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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 : ANDERSON DA SILVA VIEIRA (PRESO)
ADVOGADO : VLADIMIR DE AMORIM SILVEIRA - RS075834
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.