



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 474.237 - SP (2018/0271810-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : JORGE LUIS ROSA DE MELO
ADVOGADO : JORGE LUIS ROSA DE MELO - SP324592
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO RAFAEL BARBOSA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. NEGATIVA DE APLICAÇÃO COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS INDICATIVOS DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTO INIDÔNEO. APLICAÇÃO DO REDUTOR. PENA REDIMENSIONADA. REGIME PRISIONAL. DESVALOR ATRIBUÍDO À QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE DE RECRUDESCIMENTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS E PRIMARIEDADE. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, III, DO CP. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL A QUO EXAURIDA. POSSIBILIDADE. *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.

3. O fundamento utilizado pela Corte local para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado foi a presunção de que a expressiva quantidade de entorpecentes seria indicativo de que o paciente não se tratava de traficante eventual, sem, contudo, haver a demonstração, por meio de elementos concretos extraídos dos autos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de que ele se dedicava a atividades criminosas, ou mesmo, que integrasse organização criminosa.

4. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. A partir do julgamento do HC n. 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.

6. Ademais, a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o Enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo.

7. 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.

8. Na espécie, a expressiva quantidade da droga apreendida apenas justifica o regime intermediário, na medida em que o paciente é primário e a condenação foi reduzida para patamar que não excede 4 anos de reclusão.

9. Inexiste coação ilegal na execução provisória da pena aplicada ao paciente, na medida em que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade é possível após o exaurimento das instâncias ordinárias. Precedentes.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer o privilégio e reduzir a pena do paciente, além de alterar o regime prisional para inicial semiaberto.

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 04 de abril de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 474.237 - SP (2018/0271810-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : JORGE LUIS ROSA DE MELO
ADVOGADO : JORGE LUIS ROSA DE MELO - SP324592
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO RAFAEL BARBOSA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de BRUNO RAFAEL BARBOSA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000353-47.2017.8.26.0583).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 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. 61/72).

Irresignadas, as partes interpuseram apelações, sendo improvido o recurso da defesa e provido o ministerial para exasperar a pena-base e afastar o redutor reconhecido na sentença, razão pela qual a pena do paciente foi redimensionada para 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e multa, além de fixar o regime inicial fechado (e-STJ fls. 139/156). Segue a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Recursos ministerial e defensivo Pretendida absolvição Desacolhimento Materialidade delitiva e autoria sobejamente demonstradas nos autos – Circunstâncias em que se deu a prisão do acusado, somadas à apreensão de grande quantidade de droga, que dão a certeza de que o destino era a mercancia ilícita Validade das palavras dos agentes públicos Condenação mantida Elevação da pena Admissibilidade Quantidade de drogas a justificar a majoração da pena-base Inteligência do art. 42 da Lei nº 11.343/06 Apreensão de mais de 02kg de maconha Sanção mitigada pela atenuante da menoridade relativa Cassação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 Comprovação de que o réu que se dedicava às atividades criminosas Não preenchimento dos requisitos legais Regime inicial fechado Necessidade Gravidade em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreto dos fatos demonstrada Recurso defensivo desprovido e provimento ao apelo ministerial.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, extrai-se que o paciente opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados, recurso especial, que não foi admitido na origem, além de agravo em recurso especial (AREsp n. 1.472.267/SP), que encontra-se pendente de apreciação pela Presidência desta Corte.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/23), o impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois a sua prisão é precipitada e ilegal, na medida em que a jurisdição das instâncias ordinárias ainda não foi exaurida. Esclarece que a defesa opôs embargos de declaração, pendentes de julgamento.

Além disso, afirma que a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastada sem fundamentação idônea e destaca que o paciente preenche os requisitos necessários para a incidência do benefício, sendo que a quantidade da droga apreendida não é indicativa de que ele se dedica a atividades criminosas.

Assevera, outrossim, que a fixação do regime inicial deve observar as diretrizes do art. 33 do Código Penal e que a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não podem motivar o regime fechado.

Por fim, em consequência da pretendida redução da pena, defende que o paciente faz jus ao regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a confirmação da liminar, o restabelecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 175/177).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 183/218 e 220/364.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

381/389, opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO REDUTOR NA FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME INICIAL SEMIABERTO MAIS ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 474.237 - SP (2018/0271810-3)

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

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 n. 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 da execução provisória da pena, do afastamento do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e do estabelecimento do regime inicial fechado. Em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consequência do redimensionamento da pena, o impetrante pede a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Nos termos do § 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.

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

No caso, o Juízo sentenciante reconheceu que o paciente preenche os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois é primário, possui bons antecedentes, não integra organização criminosa, tampouco faz do tráfico o seu meio de vida (e-STJ fl. 65/67).

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, 6 meses e 20 dias de reclusão e multa. Seguem os fundamentos utilizados pela Corte local para excluir a causa especial de diminuição da pena (e-STJ fls. 151/154):

Na última fase do cálculo da pena, novamente razão assiste à acusação, porquanto incabível o redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, aplicado na fração de 2/3.

In casu, as circunstâncias que envolveram o delito demonstram que o acusado, de fato, se dedicava às atividades criminosas, vale dizer, traficava não de forma isolada, mas como meio de vida.

Como visto, o réu não possuía renda lícita que justificasse a aquisição de mais de 02kg de maconha, sem prejuízo da própria subsistência nesse sentido, até mesmo seu amigo disse que era difícil ter dinheiro para tomarem uma cerveja.

Ademais, o modus operandi demonstra que o acusado tem sensível envolvimento com o tráfico, na medida em que não se intimidou em guardar a droga em área comum do condomínio e, além disso, a embebeu em álcool para produzir droga mais lucrativa que a original.

Destarte, o dispositivo legal em apreço exige que o agente, além de primário, não se dedique à atividade criminosa ou integre organização com esse fim, ou seja, é benefício destinado apenas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tão somente ao traficante de menor quilate, neófito, que se engaja pela primeira vez no tráfico ilícito, o “traficante de primeira viagem”, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330), o que, a toda evidência, não é o caso do ora acusado.

Confira-se, por oportuno, julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Logo, afasta-se a causa de diminuição acima referida, ficando o réu condenado à pena definitiva de 05 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão, e 555 dias-multa, negando-se, por consequência, provimento ao pedido defensivo pela manutenção do redutor em tela.

Assim, ressaí da transcrição supra que a Corte local afastou a minorante apenas com base na quantidade da droga apreendida (2,072kg de maconha).

Entretanto, na espécie, a quantidade de entorpecentes não é suficiente para, de forma isolada, concluir que o agente integra organização criminosa ou se dedica ao tráfico de forma habitual, revelando-se inidônea, em consequência, a motivação utilizada na origem para o decote do privilégio.

Em hipóteses análogas, decidiu o 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

- 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 n. 385.243/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 28/3/2017).

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. 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n. 378.556/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 15/2/2017).

Em consequência, o paciente faz jus à minorante, que fixo na fração máxima de 2/3, tendo em vista que a quantidade da droga apreendida foi utilizada na primeira fase da dosimetria, sendo vedada nova ponderação para modular o redutor, sob pena de incorrer em indevido *bis in idem*.

Passo ao redimensionamento da pena.

Mantida a pena do paciente em 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e 555 dias-multa ao término da segunda fase da dosimetria, reduzo-a em 2/3 em virtude da minorante reconhecida, conforme motivação supra, razão pela qual a fixo em 1 ano, 10 meses e 6 dias de reclusão e 185 dias-multa, que se torna definitiva na ausência de outras causas de diminuição ou aumento de pena.

Quanto ao regime prisional, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Além disso, a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o Enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo.

Assim, o regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

No caso, embora a Corte local tenha feito menção à gravidade abstrata do delito, também apresentou motivação concreta para o recrudescimento do regime prisional, qual seja, a expressiva quantidade da droga apreendida, – 2,072kg de maconha –, sopesada na primeira fase da dosimetria, conforme segue (e-STJ fls. 154/155 - grifei):

O regime inicial não pode ser outro que não o fechado.

No presente caso, foram apreendidos mais de 2kg de maconha, que fracionados poderiam atingir milhares de usuários, circunstância que justificou, inclusive, a elevação da pena-base, não se olvidando que restou comprovado que o réu se dedicava às atividades criminosas.

Não se pode perder de vista, ainda, que o tráfico de drogas é a principal mola propulsora dentro de uma verdadeira e odiosa engrenagem delitiva. Vale dizer, é o comércio ilícito de entorpecentes que fomenta a prática de tantos outros crimes: furtos e roubos são perpetrados pelos dependentes, sedentos pelo uso das substâncias; os produtos de tais crimes são receptados; armas são traficadas; dívidas de usuários são, não raras vezes, adimplidas com a própria vida do dependente químico, com o intuito, inclusive, de “dar exemplo” e “manter o respeito” entre seus pares.

Todo esse enredo criminoso atua como um cancro, que consome famílias e, por conseguinte, todo o corpo social, pois a ninguém é conferido o “luxo” da imunidade diante de tamanha mazela.

Frente ao descrito panorama, não se pode concluir que regime menos gravoso permita o alcance do escopo da pena, seja qual a função que se atribua à sanção penal: absoluta ou retributivista (retribuição do mal causado pelo agente ao bem jurídico tutelado); e relativa, utilitarista ou prevencionista (prevenção do cometimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de novos delitos, de maneira geral e especial negativa [desestímulo ao cometimento de novos delitos temor inculcado na sociedade e no agente], geral positiva [reafirmação da vigência da norma atacada pelo infrator] e especial positiva [caráter ressocializador]).

Entretanto, não obstante a validade do fundamento utilizado para o recrudescimento do regime prisional, o inicial fechado não se justifica, por questão de proporcionalidade, pois o paciente é primário e a condenação foi reduzida para patamar que não excede 4 anos de reclusão, revelando-se adequado e suficiente o estabelecimento do regime intermediário, na esteira do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal c/c o 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n. 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n. 411.133/MG, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 27/9/2017).

No que tange à substituição da pena, embora o paciente tenha adimplido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP, a expressiva quantidade do entorpecente apreendido não recomenda a substituição, nos termos do inciso III do art. 44 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 n. 308.543/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 22/6/2015).

Por fim, quanto à determinação de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, destaco que inexistente coação ilegal a ser sanada, na medida em que a execução provisória da pena é possível após o esgotamento das instâncias ordinárias, o que ocorreu na espécie.

Nessa linha:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA. PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI 11.719/2008. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA. POSSIBILIDADE.

(...)

II - O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 126.292/SP e do ARE n. 964.246/SP, consolidou entendimento no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação não é capaz de ferir o princípio constitucional da presunção de inocência, já que a eventual apresentação de recursos extraordinários não permite nova discussão de fatos e provas, capazes de alterar o quadro fático que ensejou a condenação.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 924.786/PI, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/6/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reconhecer o privilégio e reduzir a pena do paciente para 1 ano, 10 meses e 6 dias de reclusão e 185 dias-multa, além de alterar o regime prisional para inicial semiaberto.

Dê-se ciência do presente julgamento à Presidência desta Corte, nos autos do AREsp n. 1.472.267/SP.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0271810-3

HC 474.237 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003434720178260583 20180000709207 3534720178260583

EM MESA

JULGADO: 04/04/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JORGE LUIS ROSA DE MELO
ADVOGADO : JORGE LUIS ROSA DE MELO - SP324592
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO RAFAEL BARBOSA

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.