



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 871062 - RS (2023/0422656-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
AGRAVADO : **LUCIANA PILAR DE LOS SANTOS**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA ISOLADAMENTE.

ELEMENTO INSUFICIENTE PARA DENOTAR A HABITUALIDADE DELITIVA DA AGENTE. INCIDÊNCIA NA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3). REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

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 integrem organizações criminosas.

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

4. Hipótese em que as instâncias antecedentes afastaram o redutor do tráfico privilegiado, por entenderem que o fato de ter sido flagrada transportando cerca de 2 kg de maconha denota a habitualidade delitiva da acusada. Desse modo, considerando que a quantidade do entorpecente já foi sopesada na primeira fase da dosimetria, tratando-se de ré primária, de bons antecedentes e não havendo outros elementos que denotem a sua habitualidade delitiva, deve o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ser aplicado na fração máxima (2/3).

5. Tratando-se de ré primária, estabelecida a sanção em patamar inferior a 4 anos, o modo prisional semiaberto é o adequado para o início da pena reclusiva, em razão da valoração negativa de circunstância judicial (quantidade do entorpecente), conforme art. 33, § 2º e 3º do Código Penal c.c o 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 26 de fevereiro de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 871062 - RS (2023/0422656-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
AGRAVADO : **LUCIANA PILAR DE LOS SANTOS**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA ISOLADAMENTE.

ELEMENTO INSUFICIENTE PARA DENOTAR A HABITUALIDADE DELITIVA DA AGENTE. INCIDÊNCIA NA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3). REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

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 integrem organizações criminosas.

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

4. Hipótese em que as instâncias antecedentes afastaram o redutor do tráfico privilegiado, por entenderem que o fato de ter sido flagrada transportando cerca de 2 kg de maconha denota a habitualidade delitiva da acusada. Desse modo, considerando que a quantidade do entorpecente já foi sopesada na primeira fase da dosimetria, tratando-se de ré primária, de bons antecedentes e não havendo outros elementos que denotem a sua habitualidade delitiva, deve o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ser aplicado na fração máxima (2/3).

5. Tratando-se de ré primária, estabelecida a sanção em patamar inferior a 4 anos, o modo prisional semiaberto é o adequado para o início da pena reclusiva, em razão da valoração negativa de circunstância judicial (quantidade do entorpecente), conforme art. 33, § 2º e 3º do Código Penal c.c o 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, de decisão na qual concedi a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da referida norma na fração de 2/3, redimensionando a sanção da agravada para 2 anos, 2 meses e 8 dias de reclusão mais o pagamento de 216 dias-multa, bem como para fixar o regime semiaberto (e-STJ, fls. 100-105).

Alega o agravante que a quantidade de droga apreendida (cerca de 2kg de maconha), associada às circunstâncias do delito e às provas colhidas durante a instrução processual, não deixam dúvidas quanto à habitualidade delitiva da acusada.

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* ou a submissão do feito ao colegiado, a fim de manter o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas afastado.

É o relatório.

VOTO

O agravo não merece prosperar.

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

"Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A Corte de origem manteve a sanção imposta em primeiro grau com base nos seguintes fundamentos:

"Mantida a condenação, pontuo não ser hipótese de concessão da redutora prevista no §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, eis que, apesar de primária e tecnicamente portadora de bons antecedentes, há prova a indicar que não se está diante do traficante de primeira viagem ao qual a lei pretende beneficiar, mas sim de pessoa que se dedica à prática delitiva e, portanto, não faz jus à benesse.

Destaco, no ponto, o fato de ter a ré sido flagrada em posse de quantidade significativa de ilícitos (dois quilos de maconha), flagrante este que decorreu de informações prévias recebidas pelo setor de inteligência da polícia que indicavam o *modus operandi* adotado pela ré (inclusive existindo possibilidade de que o transporte intermunicipal e organizado tenha ocorrido em mais de uma oportunidade), circunstâncias estas que, somadas, permitem a conclusão da dedicação ao ilícito.

E também não há que se falar no afastamento da majorante aplicada na sentença, prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, relativa ao fato de ter a ré sido flagrada na prática delitiva em transporte coletivo interurbano

oriundo de Santa Maria, eis que o fato restou amplamente demonstrado nos autos (e inclusive confessado pela própria, quando confirma que estava transportando a droga no ônibus, a pedido).

Não prospera a pretensão de afastamento da majorante baseada no argumento de não ter restado comprovado que a ré, com a sua conduta, visava atingir os passageiros do transporte público, já que o tráfico exercido nesta modalidade é configura circunstância objetiva que deve ser valorada.

No que diz com a dosimetria da pena, compulsando o cálculo elaborado na sentença não vislumbro qualquer ilegalidade passível de reparação, tendo sido firmada a pena final de 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão (sendo de salientar, na primeira fase, a valoração negativa das circunstâncias delitivas, a partir da quantidade de droga apreendida, o que ensejou o aumento da pena-base em sete meses e quinze dias, assim como incidente, na terceira fase, a majorante supracitada, já aplicada no mínimo possível), patamar este que reputo absolutamente compatível e proporcional ao delito praticado.

Especificamente quanto ao argumento de que deve a pena-base ser reconduzida ao mínimo legal, por ter sido utilizada fundamentação que já fora usada em desfavor da ré (quantidade de droga apreendida), destaco que não configura bis in idem a utilização das características dos ilícitos apreendidos para afastar a possibilidade de incidência da redutora do tráfico privilegiado e, depois, para aumentar a pena-base dos réus, nos termos da jurisprudência do egrégio STJ" (e-STJ, fl. 89)

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

In casu, as instâncias antecedentes afastaram o redutor do tráfico privilegiado, por entenderem que o fato de ter sido flagrada transportando cerca de 2 kg de maconha denota a habitualidade delitiva da paciente.

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

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

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

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

2. Esta Corte vem se manifestando no sentido de que isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas

condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado (AgRg no REsp n. 1.687.969/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/3/2018).

3. Agravo regimental não provido."

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

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

1. Por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 1º/7/2021), a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça decidiu que a utilização supletiva dos elementos relativos à natureza e à quantidade de drogas apreendidas, na terceira fase da dosimetria, para fins de afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.

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

3. Agravo regimental não provido."

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

Quanto o tema, cabe destacar que a Terceira Seção, nos autos do HC n. 725.534/SP, de minha relatoria, julgado em 27/4/2022, DJe 1º/6/2022, reafirmou seu posicionamento anterior, conforme estabelecido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

Portanto, embora os vetores do art. 42 da Lei de Drogas, isoladamente, não sejam suficientes para afastar a redutora do tráfico privilegiado, conforme posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e mais recentemente por este Tribunal Superior, constituem elementos idôneos para modular a referida causa de diminuição, quando não valoradas na primeira etapa da dosimetria, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

Saliente-se que o fato do policial ter informações pretéritas do paciente estar transportando entorpecentes na localidade, o que inclusive ocasionou na parada do veículo pelos agentes, não se mostra suficiente para negar o benefício, haja vista não ter se verificado nas decisões impugnadas a presença de outros elementos que denotem a habitualidade delitiva do réu.

Desse modo, considerando que a quantidade do entorpecente já foi sopesada na primeira fase da dosimetria, tratando-se de ré primária, de bons antecedentes e não havendo outros elementos que denotem a sua habitualidade delitiva, deve o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ser aplicado na fração máxima (2/3).

No tocante ao afastamento da majorante do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, a

impetração não deve ser conhecida.

Este Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente que o crime tenha ocorrido nas imediações dos locais especialmente protegidos, sendo, pois, desnecessária a comprovação da efetiva mercancia da droga aos frequentadores dessas localidades.

Ademais, se a instância ordinária reconheceu, com fundamento nas provas colhidas nos autos, que a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes ocorreu nas dependências de local previsto no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, a fim de fazer incidir a majorante em questão, a pretensão de afastá-la demanda o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECEPÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Hipótese em que as instâncias de origem, após uma minuciosa análise, concluíram que as provas são suficientes para demonstrar que o paciente tinha conhecimento da origem ilícita do objeto, destacando a apreensão em seu poder. A afirmativa de que eventual desconhecimento da origem dos bens deveria ser comprovado pela Defesa não constitui inversão do ônus da prova. Precedentes.

2. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância.

3. Ordem denegada."

(HC 421.829/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/6/2018, DJe 27/6/2018);

"[...]

CRIME COMETIDO NAS PROXIMIDADES DE ESCOLAS E IGREJAS. CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO INCISO III DO ARTIGO 40 DA LEI 11.343/2006. MAJORANTE DE NATUREZA OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE QUE O TRÁFICO ERA PRATICADO NAS REFERIDAS INSTITUIÇÕES OU QUE OS ENTORPECENTES SE DESTINAVAM AOS SEUS FREQUENTADORES.

1. A jurisprudência deste Sodalício firmou-se no sentido de que a causa de aumento prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006 possui natureza objetiva, não sendo necessária a efetiva comprovação do tráfico nas entidades nela mencionadas, ou mesmo que o comércio proscrito destina-se a atingir os seus frequentadores, bastando que o crime tenha sido cometido em locais próximos a tais estabelecimentos, o que afasta a coação ilegal suscitada na impetração.

2. Na hipótese em apreço, a autoridade impetrada manteve a incidência da referida causa com base em laudo que atestou que o local dos fatos era

próximo a 3 (três) igrejas e a 2 (duas) escolas, afastando-se, assim, a coação ilegal suscitada na impetração.

[...]

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena cominada ao paciente para 7 (sete) anos e (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 733 (setecentos e trinta e três) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado."

(HC 443.828/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/6/2018, DJe 20/6/2018).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

A pena-base foi estabelecida em 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, em razão da quantidade da droga apreendida, nos termos dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006, a qual permaneceu inalterada, na segunda etapa, diante da ausência de agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, incide a majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas, na fração de 1/6 e, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da referida norma, reduzo a sanção em 2/3, resultando a final em 2 anos, 2 meses e 8 dias de reclusão mais pagamento de 216 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, também assiste razão ao impetrante.

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

Confiram-se:

"*HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. PENA DE MULTA. *REFORMATIO IN PEJUS*, OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

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

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

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

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

No que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu

a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que vedavam a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas. Tais proibições foram, inclusive, suprimidas do texto legal por meio da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

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

Na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito mostra-se insuficiente, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), especificamente a quantia e espécie 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 constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos. Precedentes.

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

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

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

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da referida norma na fração de 2/3, redimensionando a sanção para 2 anos, 2 meses e 8 dias de reclusão mais pagamento

de 216 dias-multa, bem como para fixar o regime semiaberto.
Cientifique-se o Ministério Público Federal.
Publique-se. Intimem-se" (e-STJ, fls. 100-105)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 871.062 / RS
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0422656-2

Número de Origem:

00018368720198210064 06421900010089 18368720198210064 2542019152301 50019417620198210064
6421900010089

Sessão Virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : LUCIANA PILAR DE LOS SANTOS

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 : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AGRAVADO : LUCIANA PILAR DE LOS SANTOS

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 27 de fevereiro de 2024