

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.845.635 - MG (2019/0322492-6)**

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
**(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**  
**RECORRENTE : FABIO PALMEIRA DE ASSIS**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**EMENTA**

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO NO MÁXIMO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO SÚMULA 568/STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por **FABIO PALMEIRA DE ASSIS**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 212):

*"DELITO DE USO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – REDUÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO MÁXIMA PELO PRIVILÉGIO – DESCABIMENTO – OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI DE DROGAS – SUGESTIVA QUANTIDADE DE DROGA – ALTERAÇÃO DO REGIME – VIABILIDADE – OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 33 DO CÓDIGO PENAL - SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – ADMISSIBILIDADE – RESOLUÇÃO 05/2012 DO SENADO FEDERAL - ISENÇÃO DAS CUSTAS – PEDIDO PREJUDICADO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

*1. Impõe-se a condenação quando comprovadas estão a autoria e a materialidade do delito de tráfico, afastando-se o pleito absolutório e desclassificatório.*

*2. Impossível se encontra a redução da pena na fração máxima pelo privilégio diante da quantidade de droga apreendida nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas.*

*3. Altera-se o regime, fixando-o nos termos do artigo 33 do Código Penal.*

*4. Viável se encontra a substituição da pena*

*corporal por restritivas de direitos nos termos da Resolução 05/2012 do Senado Federal*

*5. Prejudicado se encontra o pedido de isenção das custas porquanto já deferido pelo magistrado primeiro.*

*6. Recurso parcialmente provido"*

Haja vista que o acórdão recorrido supostamente estaria em dissonância a entendimento firmado por este Tribunal, que passou a não mais considerar o delito de tráfico privilegiado como hediondo, foi determinado o retorno dos autos para deliberação quanto à manutenção do acórdão o qual foi mantido, consoante a seguinte ementa (fl. 264):

*"PENAL - TRÁFICO PRIVILEGIADO - ARTIGO 1030 INCISO II E ARTIGO 1040 INCISO II CPC - INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL - DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - ENTENDIMENTO CONTRÁRIO AO DO ACÓRDÃO FUSTIGADO - REAPRECIÇÃO PELA TURMA JULGADORA - DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - ENTENDIMENTO MANTIDO.*

*1. Encontrando-se o acórdão fustigado contrário ao julgamento do STJ, deve a Turma Julgadora reexaminar a questão conforme dispõe o artigo 1030 inciso II e o artigo 1040 inciso II do CPC.*

*2. Mantenho o entendimento adotado no julgamento da apelação por ser o delito de tráfico privilegiado equiparado a hediondo.*

*3. Entendimento mantido"*

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente sustenta a violação dos arts. 33, § 4º, e 42, ambos da Lei nº 11.343/2006, e aos arts. 1º do Código Penal e 1º e 2º, § 1º, ambos da Lei nº 8.072/1990, ao argumento de que o v. acórdão recorrido, apesar de reconhecer o privilégio, manteve a hediondez do delito, o que vai de encontro tanto ao entendimento desta Corte Superior como do Supremo Tribunal Federal, que passaram a não mais considerar o tráfico privilegiado como crime hediondo.

Afirma ainda que deve ser aplicada a minorante supracitada em sua fração máxima pois, ao contrário do entendimento do Tribunal **a quo**, não se trata

de apreensão de grande quantidade de entorpecentes, tratando de "63 gramas de maconha" (fl. 239).

Alega que "o crime de tráfico privilegiado, tipificado no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não é considerado crime hediondo, haja vista a inexistência de expressa previsão legal a respeito" (fl. 243).

Pretende, ao final, o afastamento da hediondez do delito bem como aplicação da fração máxima em virtude da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 249-252), o recurso foi admitido na origem e os autos encaminhados a esta Corte Superior.

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo **provimento** do recurso especial (fls. 288-292).

É o relatório.

**Decido.**

Consta dos autos que o recorrente **Fábio** foi condenado, em primeiro grau, à pena de **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, em regime **fechado**, pelo delito previsto no art. 33, **caput** c/c § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao apelo da defesa, apenas para fixar o regime **aberto** mantendo, no mais, a sentença condenatória, que atribuiu ao delito o caráter hediondo.

A primeira questão a ser analisada cinge-se a qual fração deve ser aplicada em virtude da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Aduz a defesa que deve ser aplicada a minorante supracitada em sua fração máxima pois, ao contrário do entendimento do Tribunal **a quo**, não se trata de apreensão de grande quantidade de entorpecentes, tratando de "63 gramas de maconha" (fl. 239).

O eg. Tribunal **a quo** assim se manifestou sobre o ponto (fls. 225-227):

**"Do pedido de redução da pena pelo privilégio na fração máxima**

– A defesa solicita ainda a redução da pena na fração máxima pelo privilégio.

*Razão não lhe socorre.*

***A redução deve ocorrer em consonância com a quantidade e a qualidade da droga apreendida, como se observou na sentença fustigada.***

*A legislação não estipulou o critério de redução, esclarecendo pois **Guilherme de Souza Nucci** o seguinte:*

*[...]*

*O artigo 42 da Lei nº. 11.343/06 dispõe in verbis:*

*[...]*

***O magistrado primevo reconheceu in casu o privilégio nos termos do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, reduzindo a pena em 1/2 [metade] como se lê à f.130.***

***Observa-se que referida redução ocorreu em razão da sugestiva quantidade de substância ilícita arrecadada – mais se sessenta gramas de maconha -, o que se encontra acertado.***

*Este é o entendimento jurisprudencial:*

*[...]*

***A quantidade da droga apreendida repercute, portanto, negativamente na reprimenda a justificar a redução da pena na fração adotada, não sendo observado apenas a análise favorável das balizas judiciais do artigo 59 do Código Penal, estando a decisão fustigada devidamente fundamentada nos termos do artigo 93 inciso IX da CR/88.***

***Afastado está desta forma o rogo defensivo"***

Da análise do excerto colacionado, verifico que merece acolhimento a pretensão defensiva quanto à aplicação da fração máxima em virtude da incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas eis que, ao contrário do entendimento do acórdão recorrido, não se trata de grande quantidade de entorpecentes.

Cumprе registrar que o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 dispõe que *"as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, (...) desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa"*.

Sobre o tema, importa ressaltar que os requisitos dessa causa de diminuição de pena (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles implica o afastamento da minorante.

Nesse sentido:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO E SUBSTITUIÇÃO. HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTO INIDÔNEO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]"*

*2. Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.*

*3. No caso, preenchidos os pressupostos para aplicação da benesse, necessário o redimensionamento da pena nos termos do supracitado artigo. Contudo, em razão da variedade das drogas - 9,5g de cocaína e 9g de maconha -, não deve ser aplicada a redutora no patamar máximo. Precedentes.*

*[...]*

*7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais" (HC n. 309.230/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2016).*

**Na presente hipótese**, embora tenha sido aplicado o redutor ao recorrente devido o preenchimento de todos os requisitos necessários para a sua obtenção, verifica-se que tal benesse foi aplicada em grau abaixo do máximo permitido em Lei (1/2), sem a devida fundamentação, na medida em que se trata de pequena quantidade de entorpecente apreendido, qual seja *"63,41 (sessenta e três gramas e quarenta e um sentigramas) de maconha"* (fl. 214).

Nesse sentido:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO*

PROCESSO. PROVAS ILÍCITAS. APREENSÃO DE CELULAR. ILEGALIDADE. DILIGÊNCIA POLICIAL EM DOMICÍLIO SEM MANDADO JUDICIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. [...] DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO. REQUISITOS ATENDIDOS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa.

2. Neste caso, a *eg. Corte de origem deixou de aplicar o benefício em seu patamar máximo sem fundamentar adequadamente a fração escolhida, sendo certo que, diante das circunstâncias do caso concreto, especialmente a pequena quantidade de drogas apreendidas em poder do acusado (73,3 g de maconha e 5,1 g de cocaína), autorizam a aplicação da fração redutora no patamar máximo de 2/3 (dois terços).*

3. Considerando-se o quantum final de pena aplicado, além da favorabilidade das circunstâncias judiciais, mostra-se viável no caso concreto o estabelecimento do regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

4. Da mesma forma, preenchendo o paciente os pressupostos objetivos elencados no art. 44 do Código Penal e por se entender que a medida é suficiente para a prevenção e repressão do crime em que findou condenado, sendo ainda socialmente recomendável, diante das especificidades já apontadas, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução criminal.

5. Agravo regimental parcialmente provido." (AgRg no AREsp 1235415/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, QDJe 17/08/2018, grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE FIXADA NO PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. 27,40G DE COCAÍNA. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

1. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turma deste

*Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas (AgRg no HC 272.773/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/6/2016, DJe 21/6/2016).*

*[...]*

*3. No caso, a quantidade do entorpecente apreendido - 27,40g (vinte e sete gramas e quarenta centigramas) de cocaína - não é expressiva a ponto de justificar a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em fração diversa da máxima, nem a imposição do regime mais gravoso.*

*4. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1013327/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 14/11/2017).*

**"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA APLICAÇÃO DE FRAÇÃO DIVERSA DO MÁXIMO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. REFORMATIO IN MELLIUS. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

*1. Verificado, de plano, na decisão impugnada, ao ser restabelecida a condenação do agravado pelo crime de tráfico de drogas, que não houve a indicação de qualquer elemento concreto para a incidência da redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar diverso do máximo, é possível a esta Corte o redimensionamento da pena, diante da manifesta ilegalidade evidenciada, sem qualquer violação do entendimento firmado na Súmula 7/STJ.*

*2. Esta Corte firmou compreensão no sentido de que "é admitida a reformatio in melius, em sede de recurso exclusivo da acusação, sendo vedada somente a reformatio in pejus." (REsp 628.971/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 12/04/2010.) 3. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp n. 1.186.155/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 18/5/2016).*

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA**

*DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA APLICAÇÃO DE FRAÇÃO DIVERSA DO MÁXIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CABIMENTO, EM TESE.*

*1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.*

*2. É pacífico, no âmbito desta Corte de Justiça, o entendimento de que é legítima a exasperação da pena com fundamento na quantidade e na natureza da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*

*3. O condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quais sejam, ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.*

*4. Esta Corte de Justiça tem entendido que, ausente qualquer justificativa, a minorante pelo reconhecimento do tráfico privilegiado deve ser aplicada em seu patamar máximo. In casu, o magistrado entendeu pela incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Entretanto, optou pela menor redução (1/6) sem justificar a escolha de tal patamar, situação mantida pela Corte de origem.*

*5. Afastado o óbice da parte final do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 (vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos), deve o Juízo da Vara de Execuções Criminais verificar se estão preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal e, em caso afirmativo, levar a efeito a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, definindo quais serão aplicadas no caso concreto.*

*6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a minorante do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 e determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais verifique o preenchimento dos requisitos para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal" (HC n. 283.935/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de*



20/4/2015).

*"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. FRAÇÃO DO REDUTOR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.*

*1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.*

*2. A mera alegação de que o grau de reprovação da conduta do acusado é elevado, sem a indicação de qualquer elemento concreto dos autos que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, não autoriza a conclusão pela desfavorabilidade da culpabilidade.*

*3. A busca pelo lucro fácil constitui elemento inerente ao próprio tipo penal violado (tráfico de drogas), não podendo, por isso mesmo, ensejar a valoração negativa dos motivos do crime.*

*4. Os malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um todo, bem como o fato de ele desestabilizar a pacificação social, constituem elementos genéricos, que serviriam para qualquer crime de narcotráfico abstratamente considerado, razão pela qual não podem ensejar a exasperação da pena-base, a título de consequências desfavoráveis do crime.*

*5. Há constrangimento ilegal quando verificado que o Tribunal de origem aplicou a minorante prevista no § 4º do artigo da Lei n. 11.343/2006 no patamar intermediário de 1/3, sem, no entanto, ter apontado qualquer elemento concreto dos autos (como a natureza, a diversidade ou a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo) que efetivamente justificasse o porquê de tal escolha.*

*6. Mostra-se inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando verificado que essa matéria não foi apreciada pela Corte estadual, sob pena de*

*incidir-se na indevida supressão de instância.*

*7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal e aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa" (HC n. 205.885/ES, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 1º/10/2013).*

Sendo assim, imperioso aplicar a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, no patamar máximo legal, devendo a reprimenda do recorrente ser redimensionada para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**.

Quanto à alegada violação aos arts. 1º do CP c/c arts. 1º e 2º, § 1º, ambos da Lei de Crimes Hediondos, aduz o recorrente a inidoneidade dos fundamentos utilizados pelo eg. Tribunal da origem para manter a hediondez do delito de tráfico privilegiado. Para melhor delimitação do tema a ser analisado, trago à colação excerto do v. acórdão reprochado, **in verbis** (fls. 227-229):

***"Do pedido de alteração do regime - A defesa requer ademais a alteração do regime.***

*Razão lhe assiste.*

*Sempre me filiei ao entendimento de que em observância à Lei 8.072/90, deve ser fixado o regime fechado aos delitos hediondos e equiparados, pouco importando a análise favorável das balizas judiciais do artigo 59 do Código Penal ou a pena aplicada.*

***O Supremo Tribunal Federal, todavia, no julgamento do ARE 1052700/MG publicado em 01/02/2018 em regime de Repercussão Geral julgou inconstitucional a fixação do regime fechado para o início de cumprimento de pena com base no artigo 2º § 1º da Lei 8.072/90, devendo ser fixado o regime nos termos do artigo 33 do Código Penal.***

***Considerando desta forma as baliza judiciais do artigo 59 do Código Penal favoráveis e o reconhecimento do privilégio, entendo que, no presente caso, não há razão para a fixação de um regime mais severo, sendo proporcional a pena aplicada e as circunstâncias dos fatos o regime aberto nos termos do artigo 33 § 2º alínea "c" c/c o § 3º do Código Penal.***

***Inviável é por sua vez o afastamento da hediondez do delito em questão.***

***A causa de diminuição de pena prevista no artigo 33 §4º da Lei 11.343/2006 apenas abranda a punição do agente quando for ele primário, de***

***bons antecedentes e não se dedique a atividade criminosa.***

*As figuras delitivas não consideradas hediondas são aquelas elencadas no artigo 33 §2º e §3º da Lei de Drogas.*

***Guilherme de Souza Nucci*** *leciona sobre o tema:*

*[...]*

***O reconhecimento do delito de tráfico privilegiado como equiparado a hediondo não viola ademais o princípio e da individualização da pena, da razoabilidade e da proporcionalidade vez que o tráfico recebe tratamento mais rigoroso por ser um delito que provoca vários outros, disseminando na sociedade a prática delitiva.***

***O crime previsto no artigo 33 §4º da Lei 11.343/2006 é desta forma equiparado a hediondo.***

***O STJ realmente cancelou a súmula 512 que entendia ser hediondo o delito de tráfico privilegiado, mas, suas decisões não vinculam este julgador que pode decidir de forma diversa.***

***A decisão proferida ademais pelo STF no Habeas-Corpus nº 118533, não é erga omnes, afastando a vinculação deste julgador que entende que o delito em questão tem caráter hediondo.***

***Altero assim o regime, fixando o aberto, mas, mantenho a hediondez do delito nos termos salientados acima"***

Diante do excerto colacionado verifico que, novamente, merece acolhimento a pretensão defensiva, na medida em que o entendimento do Tribunal **a quo** novamente vai de encontro tanto ao entendimento deste Tribunal Superior como do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que passaram a entender pela impossibilidade de ser considerado hediondo o delito de tráfico de drogas, na forma privilegiada.

Nesse sentido:

***"PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.***

***1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no***

*art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "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." (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).*

*2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600).*

*3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça."(Pet 11.796/DF, **Terceira Seção**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 29/11/2016)*

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO PRIVILEGIADO E TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NÃO CARACTERIZADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

*I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*

*II - O Col. STF, em decisão oriunda do Tribunal Pleno, no HC n. 118.533/MS, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que houvesse a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006.*

III - A Terceira Seção desta Corte, por decisão unânime, acolheu a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada, não é crime equiparado a hediondo, revisando o entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.329.088/RS - Tema 600, com o consequente cancelamento do enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

IV - No que concerne ao conceito de reincidência específica, o crime anterior gerador da reincidência não necessariamente precisa estar previsto no mesmo tipo penal do que o praticado posteriormente, pois basta a reincidência específica em crimes dessa natureza. Por outro lado, não se reconhecerá a reincidência específica em crimes que, conquanto figurem em mesmo tipo penal, possuam natureza distinta, de que é exemplo o tráfico privilegiado em face do tráfico comum. Precedentes.

V - Assim, constata-se o alegado constrangimento ilegal nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, uma vez que mantiveram o reconhecimento da reincidência específica entre o tráfico comum e o tráfico privilegiado, em desconformidade, pois, com o entendimento do Col. STF e desta Corte Superior.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, cassando o v. acórdão ora reprochado, para determinar ao d. Juízo da Execução Penal que retifique o cálculo das penas do paciente, a fim de considerar a condenação por tráfico privilegiado como crime comum e, por consequência, não reconhecer a reincidência específica."(HC 511.850/SP, **Quinta Turma, de minha Relatoria**, DJe 9/10/2019)

"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).

**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."(HC

# *Superior Tribunal de Justiça*

513.752/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 20/8/2019)

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** ao recurso especial, **nos termos da fundamentação retro**, para redimensionar a pena para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, e afastar o caráter hediondo do delito.

P. e I.

Brasília, 21 de novembro de 2019.

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo  
(Desembargador Convocado do TJ/PE)

Relator