



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 705301 - RJ (2021/0358524-8)

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PACIENTE** : MATHEUS MARTINS DE ALMEIDA (PRESO)  
**CORRÉU** : THIAGO MAMEDE DE OLIVEIRA  
**CORRÉU** : LUIZ PHELPE CULVET DA SILVA  
**CORRÉU** : ROBERTO SANTIAGO GALVAO  
**CORRÉU** : BRUNO ANTONIO CARLOS DA SILVA  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **MATHEUS MARTINS DE ALMEIDA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu provimento ao apelo ministerial para condenar o paciente, juntamente com outros três corréus, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 500 dias-multa.

Neste *habeas corpus*, alega o impetrante que o paciente tem direito à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que preenche todos os requisitos legais. Destaca que "A quantidade de entorpecente apreendida na posse do paciente não se mostrou idônea a gerar maior reprovação, tanto que a pena-base, em atenção ao disposto no artigo 42, Lei de Drogas, foi estabelecida no mínimo legal."

Afirma, ainda, que a gravidade abstrata do crime não constitui motivação idônea para determinação de regime mais gravoso, conforme dispõe às Súmulas 440 do STJ, 718 e 719 do STF.

Requer, assim, o reconhecimento do tráfico privilegiado, a fixação do modo semiaberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direito.

#### **É o relatório.**

Decido.

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. Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

A Corte de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado com base nos seguintes fundamentos:

"De fato, as circunstâncias do evento imputado tendem a indicar, no conjunto, a posse do material espúrio e a respectiva finalidade difusora, destacando-se o local do evento (conhecido antro da traficância dominado pelo Comando Vermelho) e as circunstâncias da prisão, já que os quatro Acusados citados foram flagrados ao redor

de uma mesa contendo expressiva quantidade material entorpecente, endolada para pronta difusão espúria (120g de cocaína, acondicionados em 300 pequenos tubos, e 140g de crack, acondicionados em 470 sacolés), além de petrecho comumente utilizado em bocas de fumo (rádio transmissor), sendo certo que os Réus sequer se dignaram a apresentar sua versão, mantendo-se silentes desde o inquérito.

[...]

Por outro lado, tem-se que o reconhecimento do chamado tráfico privilegiado pressupõe o preenchimento cumulativo de quatro requisitos legais: 1) primariedade, 2) bons antecedentes, 3) não se dedique às atividades criminosas e 4) não integre organização criminosa (§ 4º do art. 33 da Lei nº 11343/06) (STF, Rel. Min. Luiz Fux, ROhc 20.08.2013, 1ª T., julg. em 20.08.2013; STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., HC 241715/DF, julg. em 25.06.2013).

É sabido que, "para efeito de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas" (STF, RHC 94.806/PR, 1.º Turma, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, Die de 16/04/2010)" (STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., HC 253721/RJ, julg. em 15.08.2013).

Na linha de tais condicionante, pode-se dizer que somente o traficante comprovadamente episódico, neófito e sem nenhuma expressão de periculosidade social, pode ser destinatário desse autêntico favor legis.

Em assim sendo, vejo a que a hipótese dos autos não reúne condições capazes de autorizar a incidência do benefício, sobretudo porque os réus Matheus Luiz Roberto e Bruno foram flagrados na posse de expressiva quantidade de entorpecentes variados (além de rádio), denotando a ideia de reiteração e profissionalismo, a despeito de não ter sido possível provar estritamente a estabilidade e a permanência inerentes ao art. 35 da Lei de Drogas. Daí a palavra final da jurisprudência:[..]"

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.

*In casu*, a Corte de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado, por entender que as circunstâncias fáticas do crime denotam a habitualidade delitiva o paciente, uma vez que ele foi surpreendido, juntamente com outros corréus, "ao redor de uma mesa contendo expressiva e variada quantidade de entorpecentes (120g de cocaína, acondicionados em 300 pequenos tubos, e 140g de crack, acondicionados em 470 sacolés), além de petrecho comumente utilizado em bocas de fumo (rádio transmissor), em local dominado por facção criminosa".

Assim, assentado pelo Tribunal de origem, com fundamento em elementos colhidos nos autos, que o paciente se dedica a atividade criminosa, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

Cito, a propósito, os seguintes precedentes:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PATAMAR MANTIDO.

REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. No ponto, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, 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.

IV - In casu, o eg. Tribunal de origem considerou a quantidade da droga apreendida, vale dizer, 147,9g (cento e quarenta e sete gramas e nove decigramas) de maconha, 52,2g (cinquenta e dois gramas e dois decigramas) de cocaína, 192,2g (cento e noventa e dois gramas e dois decigramas), de cocaína e 05 (cinco) invólucros plásticos, tipo "eppendorf", contendo cocaína, com peso bruto de 9,7g (nove gramas e sete decigramas), assim como a apreensão de rádios comunicadores, para evidenciar que o paciente se dedica às atividades criminosas, fundamentação essa que está em consonância com o entendimento desta Corte. Rever esse entendimento, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do *mandamus*. Precedentes.

[...]

(HC 441.815/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 20/04/2018).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

[...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

[...]

*Habeas corpus* denegado."

Em relação ao pedido de abrandamento do regime prisional, assiste razão ao impetrante.

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

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Dessa forma, estabelecida a pena em 5 anos de reclusão, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais e primário o réu, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N.º 11.343/06. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. COMPROVAÇÃO DE MERCANCIA NO REFERIDO LOCAL. DESNECESSIDADE. PROXIMIDADE. SUFICIÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

4. A Corte de origem não logrou motivar de maneira idônea a imposição do regime inicial fechado, porquanto não declinou motivação suficiente para o regime inicial mais gravoso. Ora, fixada a pena-base no mínimo legal, sendo a reprimenda final 5 anos e 10 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

5. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta ao paciente."

(HC 401.235/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 13/10/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. 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 necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Hipótese em que as instâncias ordinárias não apresentaram fundamentação concreta acerca da necessidade do regime mais gravoso, destacando, apenas, a gravidade abstrata do delito, o que configura constrangimento ilegal. Assim, embora o caso em questão envolva o tráfico de droga nociva (cocaína), a pequena quantidade apreendida, a análise favorável dos vetores do art. 59 do CP e o fato de a pena aplicada ser superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, resta cabível o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena do paciente para o inicial semiaberto.

(HC 413.244/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 16/10/2017).

Por fim, mantido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Todavia, concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva. Nos termos do art. 580 do CPP, estendo os efeitos dessa decisão aos corréus Luiz Phelipe Culvet da Silva e Bruno Antônio Carlos da Silva, que estão em idêntica situação processual ao do paciente.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de novembro de 2021.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator