



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.148 - SC (2017/0049236-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : DANIEL SOUZA PRUDENCIO

EMENTA

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. FRAÇÃO (1/3). NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. READEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem 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 em que, embora tenha a Corte de origem apresentado fundamento válido a modular a fração de aplicação do redutor (natureza da substância entorpecente), é manifesto o constrangimento ilegal suportado pelo paciente, pois, à míngua de elementos probatórios que indiquem sua habitualidade delitiva, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser operada no máximo legal (2/3), haja vista a não expressiva quantidade de droga apreendida (1,6g de cocaína). Precedentes.
5. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal (Súmula n. 440/STJ).
6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa , bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo Execução.

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

Brasília (DF), 27 de junho de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.148 - SC (2017/0049236-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : DANIEL SOUZA PRUDENCIO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **DANIEL SOUZA PRUDÊNCIO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei 11.343/2006, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por duas restritivas de direitos.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo ministerial, para reduzir a fração do redutor pelo tráfico privilegiado, fixar o regime semiaberto e afastar a permuta penal.

Neste *writ*, a impetrante alega que a natureza da droga, por si só, não constitui elemento idôneo para afastar a incidência do redutor no patamar máximo, sobretudo quando pequena a quantidade (1,6g de cocaína). Aduz que tal circunstância é inidônea também para agravar o regime prisional e justificar o afastamento da substituição da pena corporal.

Requer a redução da pena, a fixação do regime mais brando e o deferimento da permuta legal.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 249-250).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 258-292).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fl. 296).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.148 - SC (2017/0049236-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : DANIEL SOUZA PRUDENCIO

EMENTA

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. FRAÇÃO (1/3). NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. READEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem 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 em que, embora tenha a Corte de origem apresentado fundamento válido a modular a fração de aplicação do redutor (natureza da substância entorpecente), é manifesto o constrangimento ilegal suportado pelo paciente, pois, à míngua de elementos probatórios que indiquem sua habitualidade delitiva, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser operada no máximo legal (2/3), haja vista a não expressiva quantidade de droga apreendida (1,6g de cocaína). Precedentes.

5. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal (Súmula n. 440/STJ).

6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo Execução.

VOTO

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

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.

Sob tal contexto, passo à análise de eventual constrangimento imposto ao paciente que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A Corte de origem, ao prover parcialmente o apelo ministerial, afastou a incidência do redutor pelo tráfico privilegiado, em decisão assim motivada:

Assim, diante da escassez de elementos que se apresentam acerca da alegada dedicação à atividade criminosa, há de se considerar para fins de aplicação da pena, que o apelado seja enquadrado como "traficante ocasional" ou "marinheiro de primeira viagem", o qual a lei privilegia com uma redução de pena, a fim de que não se equipare aos grandes traficantes, daqueles que fazem do comércio espúrio apenas um modo volátil de aquisição de dinheiro fácil.

De outro lado, apesar de a aplicação dessa causa de diminuição de pena ser direito subjetivo do apelante quando presentes os requisitos legais, a determinação da fração utilizada para minorar a reprimenda submete-se à discricionariedade motivada do julgador, o qual deve adequar o *quantum* de acordo com as peculiaridades do caso sub judice, devendo considerar a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, a personalidade e a conduta social do agente, bem como as circunstâncias da prisão, conforme disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/06.

No presente caso, embora a quantidade de entorpecente não seja expressiva, a natureza da droga notoriamente possui alto grau de lesividade e de poder viciante, o que justifica a fixação da fração intermediária de 1/3 (um terço) [...]

Diante disso, acolhido em parte o pleito ministerial para reduzir o *quantum* de diminuição, necessário adequar a dosimetria da pena para analisar o pedidos sucessivos.

Nesse sentido, verifica-se que a pena-base foi fixada em seu mínimo, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e em 500 (quinhentos) dias- multa.

A reprimenda restou inalterada na segunda fase dosimétrica.

Assim, sem haver causa de aumento, aplica-se a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em sua fração intermediária, ou seja, 1/3 (um terço), de modo que se torna definitiva a pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa. (e-STJ, fls. 286-288)

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores têm decidido 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 com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

In casu, o Tribunal de origem, ao reconhecer o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, aplicou o respectivo redutor na fração 1/3, ao fundamento de que, embora não fosse elevada a quantidade do entorpecente apreendido, sua natureza é altamente nociva.

Entretanto, a míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do paciente à atividade criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando inexpressiva a quantidade de droga apreendida (1,6 g de cocaína)

A seguir os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE ILÍCITA NÃO EVIDENCIADA. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 APLICADA, PARA EVITAR O VEDADO *NE BIS IN IDEM*. PENA REDUZIDA PARA PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Não há como manter a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, que não reconheceu a figura do tráfico privilegiado sob a tese de que o paciente dedica-se a atividades criminosas, quando as circunstâncias do delito não apontam referida dedicação.

- Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena provisória deve ser reduzida na fração máxima de 2/3, pois configura indevido bis in idem a utilização da quantidade/nocividade da droga para fundamentar o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal e, também, para definir o quantum de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Na espécie, consigne-se que, embora o paciente seja primário e o novo montante da pena (1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão) comporte, em princípio, o regime aberto, o regime intermediário, qual seja, o semiaberto, é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a quantidade e a nocividade da droga apreendida, elementos que, inclusive, justificaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes.

- No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

- Ainda que o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando as penas do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 195 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 366.916/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 08/11/2016.)

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

A pena-base fica estabelecida em 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa, como posto no acórdão impugnado. Na sequência, permanece inalterada, em razão da ausência de atenuantes ou agravantes. Na última etapa, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diminuo-a em 2/3, resultando definitiva em **1 ano e 8 meses de reclusão mais**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

166 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, também assiste razão à impetrante.

Como cediço, a obrigatoriedade do 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 Supremo Tribunal Federal, 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 condenado 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.

Com efeito, a teor da Súmula 440 do STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". No mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do STF estabelecem que o regime mais gravoso exige fundamento idôneo, não constituindo motivo idôneo a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito, *in verbis*:

"Súmula 718 do STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"Súmula 719 do STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Dessa forma, fixada a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o paciente deve iniciar o cumprimento da pena reclusiva em **regime aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

In casu, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.

3. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Na hipótese, constata-se que, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena."

(HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017.)

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito:

"[...]

2. 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.

3. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a 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. Hipótese em que as instâncias ordinárias referiram-se apenas à gravidade abstrata do delito para fixar o regime inicial semiaberto e negar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritiva de direitos.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 346.761/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 11/03/2016.)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo Execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0049236-1

HC 391.148 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00082032820128240020 020120082039 02012008203900000 082012001582442
082016004012531 20120082039 2012008203900000 4731200139 82012001582442
82016004012531 82032820128240020

EM MESA

JULGADO: 27/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	DANIEL SOUZA PRUDENCIO

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