



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.154 - SP (2014/0299227-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JOSÉ ROBERTO NUNES JÚNIOR
ADVOGADO : JOSÉ ROBERTO NUNES JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN RENATO DOS SANTOS

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. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. *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. Nos termos 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 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

3. Segundo o art. 42 da Lei de Drogas, "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. No caso, ao contrário do firmado pelo Tribunal de origem, entende-se que a quantidade do entorpecente apreendido - 28 invólucros de maconha (96,6g) – não se mostra elevada, fazendo jus o paciente à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando considerada sua primariedade, bons antecedentes e a ausência, no caso concreto, de elementos indicativos de que integre organização criminosa ou de que se dedique à criminalidade.

4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

5. Estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o cumprimento inicial em regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva da paciente em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, substituída, ainda, a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da 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), 24 de maio de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.154 - SP (2014/0299227-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JOSÉ ROBERTO NUNES JÚNIOR
ADVOGADO : JOSÉ ROBERTO NUNES JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN RENATO DOS SANTOS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo, com pedido liminar, impetrado em favor de **JONATHAN RENATO DOS SANTOS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, para cumprimento inicial em regime fechado, e ao pagamento de 193 (cento e noventa e três) dias-multa, com incurso no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, tendo sido substituída por restritivas de direitos.

Em grau recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial, para afastar a aplicação do redutor pelo tráfico privilegiado, redimensionando a pena para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, bem como para afastar a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Neste *writ*, o impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena fixada, alegando que, embora o paciente seja primário, possua circunstâncias judiciais favoráveis e não se dedique à atividade ilícita nem integre organização criminosa, a Corte *a quo* deixou de aplicar a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com base tão somente na quantidade da droga apreendida – 28 invólucros de maconha (96,6g) –, que entende ser inexpressivo.

Destaca, ainda, que o fato de o crime de tráfico ser equiparado a hediondo não impede a modificação do regime prisional, nos termos do entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da antiga redação do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cabendo, na hipótese, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão impugnado.

No mérito, pugna pela aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou, subsidiariamente, pela aplicação do regime semiaberto.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 78-80).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 88-89).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, tão somente para fixar o regime intermediário (e-STJ, fls. 108-116).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.154 - SP (2014/0299227-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JOSÉ ROBERTO NUNES JÚNIOR
ADVOGADO : JOSÉ ROBERTO NUNES JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN RENATO DOS SANTOS

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. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. *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. Nos termos 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 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. Segundo o art. 42 da Lei de Drogas, "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. No caso, ao contrário do firmado pelo Tribunal de origem, entende-se que a quantidade do entorpecente apreendido - 28 invólucros de maconha (96,6g) – não se mostra elevada, fazendo jus o paciente à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando considerada sua primariedade, bons antecedentes e a ausência, no caso concreto, de elementos indicativos de que integre organização criminosa ou de que se dedique à criminalidade.

4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

5. Estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o cumprimento inicial em regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva da paciente em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, substituída, ainda, a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da 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.

Passo à análise das alegações da impetrante.

Da análise da sentença condenatória, verifica-se que o Juiz sentenciante, diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixou a pena-base para o delito de tráfico de drogas no mínimo legalmente previsto (5 anos), aumentando-a em 1/6 pelo fato de o delito ter sido praticado em companhia de menor e, ao final, fixou o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo, pelos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 32-33):

"Passo a fundamentar a aplicação da pena.

Atendendo ao disposto no art. 68 do CP e atento às circunstâncias judiciais de individualização da pena, que não são desfavoráveis ao réu (fls. 50), a pena-base é fixada no mínimo legal (cinco anos).

Não existem circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Na terceira fase a pena é aumentada de 1/6, com base na causa de aumento prevista no art. 40, inc. VI e depois é reduzida de 2/3, por força da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, tendo em vista que o acusado é primário, de bons antecedentes e durante a instrução criminal a Acusação não logrou provar que ele se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

O Tribunal *a quo*, por sua vez, ao acolher o pleito ministerial, redimensionou a pena para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 28-29):

"As penas merecem reparo.

Aplicadas as bases mínimas, a pena foi majorada na fração de um sexto pela incidência da causa de aumento, do artigo 40, inciso VI da Lei Drogas. A reconhecida redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 deve ser afastada, visto que era elevada a quantidade de droga portata pelo APELANTE, devendo prevalecer o previsto no artigo 42 da citada Lei, para assim tornar definitiva em cinco anos e dez meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa mínimos."

Como cediço, a dosimetria da pena, por tratar-se de atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Na hipótese, de uma leitura atenta das decisões das Instâncias ordinárias, verifica-se que se revela desarrazoada a não aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, **dadas as peculiaridades do caso.**

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 organização criminosa.

Nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesse contexto, esta Corte firmou o entendimento no sentido de que, na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Por fim, cabe salientar que, segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, o mencionado benefício legal tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

In casu, observa-se que o Juízo sentenciante entendeu por aplicar o redutor em seu grau máximo, tendo em vista a primariedade do paciente, possuir bons antecedentes e não restar comprovado, no decurso da instrução criminal, que se dedicava a atividades ilícitas ou integrava organização criminosa.

A Corte *a quo*, por sua vez, não rebateu os critérios adotados pelo Magistrado de primeiro grau, no entanto, considerando elevada a quantidade de droga portada pelo paciente, concluiu por afastar totalmente a causa especial de diminuição de pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Entretanto, levando em conta a primariedade do paciente, seus bons antecedentes, a ausência elementos concretos que indiquem que se dedique à criminalidade ou integre organização criminosa, entendo que a quantidade do entorpecente apreendido – 28 invólucros de maconha (96,6g), não se mostra elevada o suficiente para fundamentar o afastamento da benesse.

Ademais, em uma leitura atenta do acórdão impugnado, não verifico qualquer circunstância no delito capaz de impedir a aplicação do redutor em seu grau máximo, que inclusive poderia levar à conclusão de que o paciente praticou delito de tráfico por oferecimento de droga, previsto no § 3º do art. 33 da Lei de Drogas, que imporia pena mais branda, entretanto, tal análise demandaria aprofundamento probatório, o que é vedado na via estreita do *habeas corpus*. Transcrevo, inclusive, o seguinte trecho da decisão condenatória (e-STJ, fls. 38-41):

"Em fase idêntica, o Policial Militar DAGMAR declarou que havia denúncia anônima dando conta da localização de drogas e indivíduos relacionados ao roubo de uma lotérica. Foi ao local indicado. Com a chegada da viatura, visualizou algumas pessoas correrem para dentro de um imóvel. Logrou encontrar 25 porções de entorpecentes dentro de uma escrivaninha e três porções de maconha num guarda roupas. O APELANTE assumiu a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

propriedade das drogas e alegou que eram destinadas ao seu consumo pessoal. Atestou que havia dois indivíduos menores de idade no local que iriam comprar entorpecentes com o acusado (mídia de fls. 106).

O Policial Civil KLEBER relatou que recebeu uma informação dando conta de que no local indicado na Denúncia estaria sendo realizado o tráfico de drogas, assim como, estariam os autores de roubos e furtos realizados na região. Com o apoio da Polícia Militar fez buscas na residência e obteve sucesso em localizar 25 porções de maconha embaladas, dentro da gaveta de um móvel, e mais duas porções da mesma droga que foram encontrados pelos milicianos. No sítio residiam o acusado e seus familiares. Ratificou que no imóvel se encontravam dois menores, sendo eles, LUIS FELIPE e MATHEUS, tendo os mesmos afirmado que JONATHAN praticava o tráfico (mídia de fls. 106).

LUIS FELIPE, com 16 anos de idade, declarou que era colega de JONATHAN e o conhecia há pouco tempo. Disse que frequentou algumas vezes o sítio do acusado e já usou entorpecente com ele. Narrou que na noite anterior aos fatos, juntamente com MATHEUS, NATALIA e o acusado, fizeram o uso de maconha. Asseverou que o entorpecente foi adquirido dias antes, na rua, de uma pessoa não identificada, pelo valor de R\$250,00, tendo o acusado contribuído com o valor de R\$50,00. Guardou as drogas na gaveta de um móvel no sítio sem que ninguém soubesse. Os demais entorpecentes encontrados no guarda roupas era para consumo do acusado (mídia de fls. 106).

MATHEUS, amigo de JONATHAN, contou que na noite anterior aos fatos dormiu no sítio dele, juntamente com LUIS FELIPE e NATALIA, oportunidade em que todos fizeram uso de maconha. No dia seguinte, os policiais estiveram na residência e localizaram o entorpecente que era destinado ao uso de todos os supramencionados. Presenciou quando LUIS FELIPE guardou a droga na gaveta e acrescentou que o acusado não tinha o conhecimento da localização da referida droga (mídia de fls. 106).

NATALIA, amiga de JONATHAN, confirmou que os entorpecentes encontrados eram de propriedade de LUIS FELIPE, conforme confessado pelo próprio aos policiais. Não presenciou ninguém fazendo uso de drogas. Disse que JONATHAN não vende entorpecente e negou ter dito isso na fase policial, relatando que assinou alguns papéis sem ler seu conteúdo. Asseverou que era usuária de maconha (mídia de fls. 106).

RAFAEL, padrasto do acusado, confirmou que estavam no sítio JONATHAN, NATALIA, MATHEUS e LUIS FELIPE. Nunca presenciou os mesmos usando drogas dentro de sua residência, contudo, tem conhecimento que são usuários de entorpecente. Sabia da existência das drogas localizadas em uma 'caixinha' no quarto, sendo estas destinadas ao consumo pessoal do acusado. O menor LUIS FELIPE confessou aos policiais a propriedade das demais drogas apreendidas na escrivaninha, das quais não tinha conhecimento (mídia de fls. 106)."

Assim, considerando não ser expressiva a quantidade e a natureza da droga da droga apreendida e não havendo outras circunstâncias que denotem que o paciente dedique-se a atividade criminosa nem integre organização criminosa, associadas ao fato de ser primário e possuir bons antecedentes, entendo que o paciente faz juz à incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 2/3.

A propósito, cito os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PECULIARIDADES DO CASO. PRIMARIEDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÁXIMO LEGAL. REGIME ABERTO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do *writ* substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, QUINTA TURMA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, QUINTA TURMA, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, SEXTA TURMA, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, SEXTA TURMA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (precedentes), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o *quantum* da redução da pena.

IV - *In casu*, a quantidade de droga apreendida, por si só, não se revela expressiva a ponto de impedir a incidência da minorante, ainda mais diante da inexistência de outras circunstâncias do caso concreto que autorizariam a conclusão de que o paciente dedica-se à atividade do tráfico.

V - Assim, tendo em vista que o paciente é primário, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no percentual de 2/3 (dois terços), diante das circunstâncias do caso (dentre elas, a quantidade e natureza de droga apreendida: 16 invólucros de maconha), haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tal fator é relevante para a fixação da reprimenda, *ex vi* do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

VI - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07.

Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

VII - *In casu*, o paciente é primário, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e, com a redução de 2/3 (dois terços) em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, faz jus ao regime aberto de cumprimento de pena, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal.

VIII - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao paciente, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para aplicar a causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no percentual de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime aberto para início do cumprimento da pena, competindo ao d. juízo *a quo* examinar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal."

(HC 293.013/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA (10,30G DE COCAÍNA). PATAMAR MÁXIMO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga (10,30 gramas de cocaína), legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, dois terços. Precedentes.

2. No mais, o Agravante não traz argumentos robustos o bastante a fim de repelir os fundamentos da decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios termos.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 451.358/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 28/03/2014.)

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

Mantenho o apenamento básico em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, tal como procedido pelas Instâncias ordinárias, que consideraram favoráveis as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, consoante acima referido, pena essa que se mantém na etapa seguinte, ante a ausência atenuantes ou agravantes. Na terceira fase, procedo a sua majoração em 1/6, ficando em 5 anos e 10 meses e 583 dias-multa, pela causa de aumento do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, e, por fim, nos termos acima expostos, reduzo a reprimenda em 2/3, pela causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tornando-a definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante ao regime prisional, cabe salientar que a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e 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 pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Assim, o paciente deve iniciar o cumprimento da pena reclusiva no modo aberto, tendo em vista o *quantum* da sanção aplicada e a análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"Considerando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, o regime inicial aberto."
(HC 339.471/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015.)

"3. Considerando a quantidade de pena imposta (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial aberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal.

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais."

(HC 320.015/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015.)

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente, circunstâncias judiciais favoráveis e quantidade não significativa de droga apreendida), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da execução, uma vez que transitada em julgada a condenação.

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para aplicar a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo de 2/3 (dois terços), reduzindo a pena para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais o pagamento de 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, a ser cumprida em regime aberto, e substituo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0299227-4

HC 309.154 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00235592120138260037 129626 18832013 200900332176 20140000689050
235592120138260037 31449

EM MESA

JULGADO: 24/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ ROBERTO NUNES JÚNIOR
ADVOGADO : JOSÉ ROBERTO NUNES JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN RENATO DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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.