



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 498.134 - SP (2019/0070626-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO GIRADE PARISE - SP272254
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME HENRIQUE GARCIA (PRESO)

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. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICABILIDADE EM GRAU MENOR. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. QUANTIDADE DE DROGA. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. *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. De acordo com o § 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 o Tribunal estadual tenha se valido dos parâmetros do art 42 da Lei n. 11.343/2006 para afastar a benesse legal, a quantidade de droga apreendida, *in casu*, por si só, não se mostra suficiente para se concluir pela habitualidade delitiva do agente, sobretudo quando certificada sua primariedade e seus bons antecedentes. Aplicação do índice em menor extensão (1/3).

5. O regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, diante da aferição negativa da quantidade e da diversidade de droga (141,4g de maconha e 68,7g de cocaína), na terceira fase da dosimetria.

6. Não se mostra recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, em razão da diversidade e da quantidade de drogas apreendidas (art. 44, III, do CP).

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/3,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redimensionando a pena final do paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão mais pagamento de 334 dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 28 de maio de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 498.134 - SP (2019/0070626-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO GIRADE PARISE - SP272254
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME HENRIQUE GARCIA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **GUILHERME HENRIQUE GARCIA**, 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 5 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, com incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, o impetrante alega, em suma, que "a partir da tão somente quantidade de entorpecente apreendido, não se pode presumir a dedicação a atividades criminosas." (e-STJ, fl. 7)

Assevera que "tem direito o paciente ao regime inicial semiaberto e, caso o pedido anterior seja acolhido e a pena imposta não supere o patamar de 04 anos, terá direito ao regime inicial aberto." (e-STJ, fl. 8)

Sustenta que "que a gravidade abstrata do delito cometido não constitui motivação idônea para a imposição de regime prisional mais severo que o permitido segundo a reprimenda aplicada, consoante o enunciado nas Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça." (e-STJ, fl. 10)

Argumenta, ainda, que "presentes no caso em tela os requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, é de rigor a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos." (e-STJ, fl. 11)

Requer, assim, "seja aplicado o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo, e que seja promovida a devida adequação do regime prisional, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos." (e-STJ, fl. 12)

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 37)

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela concessão parcial da ordem, apenas para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena (e-STJ, fls. 43-48).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 498.134 - SP (2019/0070626-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO GIRADE PARISE - SP272254
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME HENRIQUE GARCIA (PRESO)

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. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICABILIDADE EM GRAU MENOR. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. QUANTIDADE DE DROGA. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. *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. De acordo com o § 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 o Tribunal estadual tenha se valido dos parâmetros do art 42 da Lei n. 11.343/2006 para afastar a benesse legal, a quantidade de droga apreendida, *in casu*, por si só, não se mostra suficiente para se concluir pela habitualidade delitiva do agente, sobretudo quando certificada sua primariedade e seus bons antecedentes. Aplicação do índice em menor extensão (1/3).

5. O regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, diante da aferição negativa da quantidade e da diversidade de droga (141,4g de maconha e 68,7g de cocaína), na terceira fase da dosimetria.

6. Não se mostra recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, em razão da diversidade e da quantidade de drogas apreendidas (art. 44, III, do CP).

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/3, redimensionando a pena final do paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pagamento de 334 dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

VOTO

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

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

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

O Juiz sentenciante procedeu à individualização da pena nos seguintes termos:

"A quantidade de droga encontrada é expressiva e, por conseguinte, evidenciadora de sua destinação ao consumo de terceiros, valendo lembrar que traficantes raramente são presos com quantidade alentada de narcótico, não sendo comum, outrossim, o estoque, por mero usuário, não dependente, de grande quantidade de substância entorpecente para o próprio consumo.

De fato, foram apreendidas 64 porções de 'maconha' (141,4g) e 70 porções de cocaína (68,7g), sendo capazes de produzir cerca de 505 cigarros 2 de 'maconha', e mais de 549 fileiras 3 de cocaína e assim, suficientes para o comprometimento de um número grande de usuários, ainda considerando o alto poder de torpor da cocaína em pó e das demais substâncias entorpecentes.

Logo, tudo nestes autos revela que o réu trazia consigo, tinha em depósito e transportava as substâncias entorpecentes apreendidas para fins de mercancia e entrega a consumo de terceiros - pouco importando não se tenha presenciado atos de mercancia -, haja vista que a prova dos autos, inclusive a indiciária, se erige suficiente confirmação do tráfico.

Não se pode olvidar, a propósito, que, para a caracterização do delito previsto no art. 33 da nova Lei de Drogas, não se exige efetivo ato de tráfico, bastando que o agente tenha consigo a substância entorpecente para tal finalidade, não havendo que se falar em ocorrência somente de 'atos de cogitação e preparatórios'. Neste sentido:

[...]

Inafastável, assim, a condenação do réu nos termos da denúncia.

Decidida a tipificação, passo a aplicar ao réu a sanção merecida, nos termos do art. 68 do Código Penal e art. 42 da Lei nº 11.343/06.

O réu é tecnicamente primário (fls. 75).

Assim, atenta às diretrizes do art. 59 do Código Penal, de rigor a fixação da pena-base no mínimo legal em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, utilizando o valor unitário mínimo.

Deixo de atenuar a pena em razão da menoridade relativa do acusado à época dos fatos, bem como pela confissão, por ter fixado a pena-base no mínimo legal (Súmula nº 231 do C. STJ).

Deixo de aplicar a causa de redução de pena preceituada no art. 33, § 4º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei de Tóxicos porque **a quantidade de droga apreendida 64 porções de 'maconha' (141,4g) e 70 porções de cocaína (68,7g) - obsta o reconhecimento do redutor**, não sendo suficiente para sua aplicação simples preenchimento dos requisitos objetivos do dispositivo legal. 'Há, também, necessidade da fiel observância do que estabelece o artigo 42, da Lei nº 11.343/06, permitindo, por isso mesmo e por antítese ao aludido dispositivo, até mesmo a negativa da redução.' (TJSP, 14ª Câmara da Seção Criminal, Apelação Criminal nº 0021791-35.2010.8.26.0176, Relator Desembargador Marco de Lorensi, J. 11/11/2011, negaram provimento, v.u).

[...]

Por outro lado, no caso dos autos resta claro que o acusado integra organização criminosa, na medida em que ele admitiu que estava vendendo drogas no local pela 'comissão' de R\$1,00 por 'peça' vendida, sendo, então, 'empregado' do tráfico organizado de drogas. Por outro lado, é fato notório que ninguém é 'traficante autônomo', pois quem que não é ligado ao crime organizado não consegue vender drogas nas chamadas 'biqueiras' sem risco à própria integridade física.

Não existem outras causas de oscilação a serem consideradas, pelo que torno definitiva a pena imposta, mantendo a unidade do dia-multa no mínimo legal ante a falta de comprovação de boa situação financeira por parte do acusado.

Ante o exposto JULGO PROCEDENTE a pretensão deduzida nesta ação para CONDENAR o réu GUILHERME HENRIQUE GARCIA, qualificado nos autos, como incurso nas penas do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento da pena total de cinco anos de reclusão e ao pagamento para o Fundo Penitenciário da quantia equivalente a 500 dias-multa, com unidade no mínimo legal.

O réu não faz jus a qualquer benefício.

O regime inicial para cumprimento de pena é o fechado, tendo em vista a pena aplicada, a hediondez do delito e a necessidade da prevenção do tráfico de drogas, que se expande cada dia mais com a benevolência dos aplicadores da Lei, bem como considerando a grande quantidade de drogas apreendidas e a pena aplicada. Neste sentido:

[...]

Consoante o art. 387, § 2º, do CPP, mantenho o regime prisional acima fixado, pois inexistem informações sobre o comportamento carcerário do acusado para a progressão de regime, consoante o art. 112 da LEP. Neste sentido: TJSP, 3ª Câmara Criminal, AC nº0045877-82.2014.8.26.0224, relator Desembargador Luiz Antonio Cardoso; TJSP, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, AC nº0004038-54.2014.8.26.0361, relator Desembargador Luiz Augusto de Sampaio Arruda.

Nos termos do §1º do art. 387 do Código de Processo Penal, considerando presentes os requisitos da prisão preventiva, MANTENHO a custódia cautelar do réu, ante a manifesta periculosidade que apresenta, inalterada a situação fática que determinou a decretação de sua prisão anteriormente, presentes, sem dúvida, os requisitos do art. 312 do CPP, não se justificando, agora que se acolheu a pretensão estatal para condenar o acusado, ordenar sua libertação, sem prejuízo do conhecimento de eventual apelação a ser interposta.

Recomende-se o réu no local em que se encontra preso." (e-STJ, fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

17-25; sem grifos no original).

O Tribunal de origem manteve a pena-base em decisão assim motivada:

"[...]

A acusação que ensejou a responsabilização penal em discussão é no sentido de que o apelante trazia consigo, para fins de tráfico, 64 porções de maconha e 70 porções de cocaína, tratando-se de substâncias entorpecentes capazes de causar dependência física e psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pois bem.

A pena-base foi fixada no piso mínimo e, assim, permaneceu inalterada, ainda que configuradas as atenuantes da menoridade relativa e confissão espontânea (Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça).

Ausentes outras causas modificadoras, a reprimenda tomou contornos definitivos em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa menores.

Em que pese o esforço da combativa Defesa, ressalta-se a inaplicabilidade do redutor especial inserto na Lei Antidrogas, tal como monocraticamente ponderado, pois, a par da primariedade do acusado, a própria dinâmica fática, envolvendo flagrante policial em local conhecido pela prática intensa do tráfico, revelou circunstâncias delitivas extremamente desfavoráveis, quais sejam, **apreensão de elevada quantidade de entorpecentes, com naturezas diversificadas e extremamente nocivas (64 porções de maconha e 70 porções de cocaína), sequer sopesadas na primeira fase do cálculo penal.**

Como se vê, o conjunto fático evidencia a habitualidade da atividade criminosa, inviabilizando, portanto, a benesse legal, à luz da individualização da conduta.

Ora, o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 estabeleceu a possibilidade de diminuição das penas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa, podendo a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas ser apreciadas para a incidência, maior ou menor, ou o arredamento do referido redutor.

É sabido que o legislador, ao editar a Lei nº 11.343/06, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, representado por aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual.

Em outras palavras, para a situação do mercador novato de pequena expressão, o chamado 'traficante de primeira viagem', como se pode qualificar aquele que possui 'estoque' diminuto para negociar durante um curto período e, em regra, suprir o próprio vício é que a lei previu a benesse como forma de abrandar seu maior rigor punitivo.

A doutrina e a jurisprudência apontam situações caracterizadoras de atividades criminosas, tais como o fato de o agente estar respondendo a outros processos criminais, encontrar-se na posse de armas e apetrechos relacionados ao tráfico, como embalagens para porções individualizadas, ou, ainda, a quantidade e variedade das drogas apreendidas, como é o caso dos presentes autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Conserva-se o regime inicialmente fechado, porque mais adequado à espécie, aqui individualizado como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, tanto por fundamento na Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, quanto pelo desfavorecimento das circunstâncias e consequências fáticas concretamente recolhidas dos autos, especialmente, mas não tão só, pela elevada quantidade de drogas e suas respectivas naturezas (altamente nocivas, destrutivas e potencialmente prejudiciais à sociedade), aqui minudentemente aferidas.

Inviável, ademais, a conversão da privativa de liberdade em restritivas de direitos, não só pelo montante punitivo fixado, mas, sobretudo, pelo desfavorecimento das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza das drogas).

Enfim, não é razoável que se trate com tamanha benevolência aqueles que por cupidez ou outra razão de igual vileza resolvem ganhar a vida desgraçando a dos outros, de modo que, diante das funestas consequências da disseminação das drogas, a resposta penal deve ser minimamente representativa.

[...]

Assim sendo, e não se evidenciando excessivo rigor, a punição deve ser mantida, tal como monocraticamente estabelecida.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso interposto defensivamente, mantendo, assim, a respeitável sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos." (e-STJ, fls. 28-33; sem grifos no original).

No que se refere ao pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado, assiste razão em parte à defesa.

De acordo com o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, para que incida a causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, é necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

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 com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

No caso, como se verifica, o Tribunal estadual negou à minorante ao paciente em razão da quantidade de drogas apreendidas - 64 porções de maconha (141,4g) e 70 porções de cocaína (68,7g).

Contudo, embora tenham sido indicados validamente os parâmetros do art 42 da Lei n. 11.343/2006 para se afastar a benesse legal, a quantidade de droga apreendida, *in casu*, por si só, não se mostra suficiente para se concluir pela habitualidade delitiva do agente, sobretudo quando certificada sua primariedade e seus bons antecedentes.

Tenho, portanto, como adequada a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/3, atento aos vetores do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...]

TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO SE REVELA EXCESSIVA. REDUÇÃO DA SANÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO). POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE MODO MENOS GRAVOSO PARA O RESGATE DA REPRIMENDA RECLUSIVA.

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: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Considerando-se que a quantidade de entorpecente apreendido não se revela de elevada monta, a fração do redutor deve ser fixada em 1/3 (um terço), restando a reprimenda definitivamente estabelecida em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.

[...]

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de redimensionar a pena para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, alterando-se o regime inicial para o aberto."

(HC 357.864/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CABIMENTO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, §§ 2º E 3º, E DO ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REDUÇÃO EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

I - A presença de circunstância judicial desfavorável, consistente na quantidade de droga apreendida (547,51 gramas de maconha) e, considerando o quantum de pena estabelecido - 3 (três) anos e 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão -, incidem no caso as regras previstas no art. 33, §§ 2º e 3º, e no art. 59, ambos do Código Penal, sendo cabível o regime inicial semiaberto.

II - O eg. Tribunal a quo não minorou a pena no *quantum* máximo de 2/3 permitido pelo dispositivo, mas em 1/3, devido à grande quantidade de drogas apreendidas. Esse entendimento - que determina uma menor redução da pena em vista da variedade e quantidade de drogas - encontra respaldo na jurisprudência pacificada desta Corte.

Agravo regimental parcialmente provido tão somente para fixar o regime inicial semiaberto."

(AgRg no REsp 1412635/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/9/2016, DJe 11/10/2016);

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE QUE FAZ JUS AO BENEFÍCIO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. NOCIVIDADE, VARIEDADE E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO DE 1/3 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. *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 criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, 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.

- No caso, uma vez que o paciente preenche os requisitos para a aplicação da benesse, pois não ficou evidenciada a sua dedicação a atividades ou a organizações criminosas, a pena provisória deve ser reduzida na fração de 1/3, tendo em vista a nocividade, variedade e quantidade das drogas apreendidas. Precedentes.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas do paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 333 dias-multa."

(HC 402.680/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 22/8/2017).

Passo, assim, à readequação da pena.

Mantém-se a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, a pena permanece inalterada, diante do óbice da Súmula 231/STJ. Na última etapa, diminuo-a em 1/3, pela aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, restando definitiva em **3 anos e 4 meses de reclusão mais 334 dias-multa.**

O regime prisional, por sua vez, também merece alteração.

Na definição 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 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.

Dessa forma, estabelecida a sanção corporal em patamar inferior a 4 anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, o **regime inicial semiaberto** é o adequado para a reprovação do delito, diante da aferição desfavorável da quantidade das drogas apreendidas (141,4g de maconha e 68,7g de cocaína), que justificou a modulação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na terceira fase da dosimetria.

A propósito:

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

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

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

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0000699-53.2008.8.16.0013, bem como restabelecer o valor da multa fixada pelo Juízo de primeira instância." (HC 372.695/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/2/2017, DJe 10/2/2017).

No que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, o deferimento da permuta legal não se mostra socialmente recomendável, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo, nos termos do art. 44, III, do CP (HC 390.554/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/3, redimensionando a pena do paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão mais o pagamento de 334 dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0070626-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 498.134 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00443006720188260050 443006720188260050

EM MESA

JULGADO: 28/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO GIRADE PARISE - SP272254
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME HENRIQUE GARCIA (PRESO)

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.