



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 505.731 - SP (2019/0113112-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : GUSTAVO BENITEZ RIBEIRO
ADVOGADO : GUSTAVO BENITEZ RIBEIRO - SP392562
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO HENRIQUE MENDES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. ACUSADO QUE NÃO POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DA SUBSTÂNCIA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
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. O fato de o paciente não possuir ocupação lícita e as alegações de que há "denúncias" de seu envolvimento habitual com o tráfico de drogas, sem a devida comprovação judicial, não constituem elementos idôneos para se afastar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedente.
4. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente, e considerando sua primariedade e os bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal, sobretudo quando não expressivo o montante de entorpecente apreendido (3,65g de *crack* e 2,23g de maconha).
5. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do 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.
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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo Execução. Decisão estendida à corré Amanda Nascimento de França Oliveira, nos termos do art. 580 do CPP.

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), 30 de maio de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 505.731 - SP (2019/0113112-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : GUSTAVO BENITEZ RIBEIRO
ADVOGADO : GUSTAVO BENITEZ RIBEIRO - SP392562
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO HENRIQUE MENDES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **LEONARDO HENRIQUE MENDES**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa.

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

Neste *writ*, alega o impetrante, em suma, que: a) "fica evidente que há nulidade insanável no presente feito, e o prejuízo do paciente está devidamente demonstrado já que este ficou preso por um ano, por um erro no reconhecimento de sua primariedade"; b) "além de o paciente permanecer preso de maneira equivocada, foi condenado a pena de 5 anos de reclusão [...] pela prática do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, sob alegação de elevada quantidade de entorpecentes, não aplicando o § 4º do art. 33 da referida lei"; c) "o regime de pena fixado foi o fechado, embora o paciente fosse primário, com bons antecedentes e não há provas de que participava de organizações criminosas".

Sustenta que a ínfima quantidade de droga apreendida não é suficiente para denotar que o paciente integra organização criminosa ou é habitual na prática do comércio ilícito de entorpecentes.

Requer, assim, seja reconhecido "o nítido constrangimento ilegal, ante o grave erro ocorrido em sede de Audiência de Custódia pela juíza presidente da audiência, Dra. Camilla Marcela Ferrari Arcaro, que culminou com a prisão cautelar do paciente por 12 meses, anulando-se o feito, consoante art. 564, inciso IV, c.c. o art. 648, VI, ambos do Código de Processo Penal, concedendo-se assim a ordem de *habeas corpus* para trancamento do processo penal." (e-STJ, fl. 17)

Subsidiariamente, pede a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 159)

Houve pedido de reconsideração (e-STJ, fls. 164-165), tendo sido deferida a liminar (e-STJ, fls. 168-170).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 184-185 e 187-215).

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da decisão impugnada (e-STJ, fls. 174-181).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 505.731 - SP (2019/0113112-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : GUSTAVO BENITEZ RIBEIRO
ADVOGADO : GUSTAVO BENITEZ RIBEIRO - SP392562
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO HENRIQUE MENDES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. ACUSADO QUE NÃO POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DA SUBSTÂNCIA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
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. O fato de o paciente não possuir ocupação lícita e as alegações de que há "denúncias" de seu envolvimento habitual com o tráfico de drogas, sem a devida comprovação judicial, não constituem elementos idôneos para se afastar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedente.
4. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente, e considerando sua primariedade e os bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal, sobretudo quando não expressivo o montante de entorpecente apreendido (3,65g de *crack* e 2,23g de maconha).
5. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do 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.
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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Execução. Decisão estendida à corré Amanda Nascimento de França Oliveira, nos termos do art. 580 do CPP.

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.

De início, convém destacar que não há correlação jurídica no pedido de trancamento da ação penal ou de nulidade do processo em razão de ter constado no primeiro decreto preventivo eventual informação equivocada quanto a não primariedade do réu.

As hipóteses de trancamento da ação penal são excepcionalíssimas e não incluem o caso em apreço. Por sua vez, a declaração de invalidade processual decorre da inobservância das formas prescritas em lei na prática dos atos processuais, e que tenham causado prejuízo à parte.

Anota-se, também, que eventuais irregularidades ocorridas na audiência de custódia ou no decreto preventivo primeiro estão superadas com a superveniência da sentença condenatória, novo título judicial a embasar a segregação cautelar do paciente (RHC 96.956/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 17/10/2018).

Quanto ao reconhecimento do tráfico privilegiado, assiste razão à defesa.

No acórdão impugnado, consta:

"[...]

Na dosagem das penas o culto magistrado optou pela pena-base rasa e, diante da ausência de outras causas de aumento e diminuição, as manteve no patamar inicial.

As combativas defesas reclamam aplicação do privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

A nova Lei de Drogas recrudescer o tratamento aplicado aos traficantes, agravando a dosagem penal, passando a variar de 05 a 15 anos de reclusão e pagamento de 500 a 1500 dias- multa.

Da mesma feita, passou a criar uma causa de redução, diminuindo o rigor da norma a fim de beneficiar o chamado “pequeno traficante” ou “traficante eventual”, desde que atendessem a determinados requisitos.

Com efeito, para fazer jus à aplicação do redutor previsto na superveniente legislação, o réu deve ser primário, de bons antecedentes e não pode se dedicar à atividade criminosa ou integrar organizações criminosas.

Ocorre que, no caso dos autos, os réus foram surpreendidos trazendo consigo considerável quantidade e variedade de drogas, sendo evidente que não podem ser tidos como pequeno traficante e virem a ser beneficiados com mesma redução de pena daquele que vende, ocasionalmente, algumas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poucas porções de drogas, em uma esquina, eis que, tal redução, dar-se-ia em afronta ao princípio da individualização das penas.

E nem se alegue que estariam apenas trazendo e guardando drogas de maneira ocasional, já que a denúncia deixou claro o modo como atuavam, o que foi confirmado com a abordagem, ficando evidente que estavam envolvidos na organização do tráfico.

Por fim, temos que os réus sequer comprovaram o exercício de ocupação lícita, nem mesmo por prova testemunhal, ficando claro que faziam do tráfico seus meios de vida.

Portanto, todos os fatores analisados demonstram de forma clara que o réu vinha se dedicando à atividade criminosa, fazendo do tráfico seu meio de vida.

Assim, à luz das peculiaridades do caso em tela, em que pese a primariedade do réu, é inegável que as circunstâncias concretas do delito praticado impedem a aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Frise-se que mencionado parágrafo emprega o termo “poderão”, o que seguramente indica não ser obrigatória a redução.

[...]

No mais, a quantidade de pena impede a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

[...]

Em que pese, por fim, a existência de decisões em sentido contrário nos Tribunais Superiores, não vinculantes, de rigor o regime inicial fechado para o cumprimento das sanções, de acordo com a determinação constante no artigo 1º da Lei 11.464/07, que regula os crimes hediondos, hipótese equiparada ao caso concreto, não havendo que se falar na inconstitucionalidade da disposição, que busca justamente dar tratamento diferenciado a este tipo de crime, nos exatos termos da Constituição Federal.

Por outro lado, cumpre registrar que o Magistrado pode fixar o regime inicial de cumprimento da pena de acordo com seu convencimento - respeitados os ditames legais para tanto, estabelecendo aquele que será suficiente para reprovação e prevenção do delito, nos termos do artigo 59, inciso III, do Código Penal.

Cumpra observar que o ilícito do qual ora se trata, equiparado a hediondo, tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício.

Daí o reconhecimento da alta periculosidade da conduta, de forma que o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime mais severo permitirá ao réu uma maior recuperação, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta.

Nada, portanto, há para ser modificado.

Os réus alcançaram junto ao E. STJ o direito de aguardarem o julgamento do presente recurso em liberdade devendo, agora, ser expedidos mandados de prisão em desfavor deles, já que esgotados os recursos ordinários.

Posto isto, REJEITO as questões preliminares e NEGO PROVIMENTO às apelações interpostas, mantendo a condenação AMANDA NASCIMENTO DE FRANCA OLIVEIRA e LEONARDO HENRIQUE MENDES por incursão ao art. 33, caput, da Lei 11.343/06, a 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa, no piso" (e-STJ, fls. 122-133).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/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, observa-se que o Tribunal de origem entendeu ser o paciente habitual no comércio ilícito de drogas levando em conta a quantidade e a variedade das substâncias apreendidas (**3,65g de crack e 2,23g de maconha** - STJ, fls. 47-48), assim como a falta de comprovação de atividade lícita e as "denúncias anônimas".

Entretanto, a jurisprudência desta Corte já se posicionou no sentido de que a mera condição de desempregado, por si só, constitui motivação inidônea para se concluir pela habitualidade delitiva do condenado, a fim de justificar o afastamento do redutor pelo tráfico privilegiado (HC 413.610/SP, Minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 3/10/2017, DJe 11/10/2017; HC 336.143/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 9/8/2016, DJe 16/8/2016).

Do mesmo modo, verifica-se que as notícias anônimas acerca do envolvimento habitual do paciente e da corré com o tráfico de drogas não foram corroboradas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Portanto, à míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação dos agentes em atividades criminosas, e certificada a primariedade e os bons antecedentes deles, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando não é expressiva a quantidade de droga apreendida.

Nesse sentido:

"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação da reprimenda, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Ainda que o *crack* tenha um alto poder de lesividade, a inexpressiva quantidade de tóxicos apreendidos, aliados à favorabilidade das outras circunstâncias judiciais, recomenda a aplicação da causa de diminuição em seu grau máximo, ou seja, 2/3 (dois terços).

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1044533/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017).

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. As instâncias de origem não lograram fundamentar de maneira idônea o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não declinaram elementos concretos dos autos aptos a demonstrar a efetiva dedicação do paciente às atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa. Imperiosa, pois, a aplicação da minorante no *quantum* de 2/3, redimensionando-se a pena para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar máximo, sendo a reprimenda final inferior a 4 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções."

(HC 395.574/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 14/8/2017).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

A pena-base parte de 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa, a qual se mantém inalterada na fase intermediária, pela inexistência 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 166 dias-multa**.

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

Estabelecida 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 **regime aberto** é o suficiente e adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal (HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

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:

[...]

3. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

4. Com base no 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.

5. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão que julgou a apelação, referiu-se apenas à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem à 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.

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

(HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Por fim, **diante da similitude fática entre os réus, estendo os efeitos do *decisum* à corré AMANDA NASCIMENTO DE FRANÇA OLIVEIRA, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.**

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 e 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 de Execução. Decisão estendida à corré Amanda Nascimento de França Oliveira, nos termos do art. 580 do CPP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0113112-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 505.731 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00122404120178260320 122404120178260320

EM MESA

JULGADO: 30/05/2019

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	: GUSTAVO BENITEZ RIBEIRO
ADVOGADO	: GUSTAVO BENITEZ RIBEIRO - SP392562
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LEONARDO HENRIQUE MENDES
CORRÉU	: AMANDA NASCIMENTO DE FRANCA OLIVEIRA

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.