



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 429.966 - SP (2017/0329379-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUILHERME KRAHENBUHL SILVEIRA PICCINA - SP0223742
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO MONT ALVERNE DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS OU PRÓPRIAS DO TIPO PENAL. READEQUAÇÃO. 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. APLICAÇÃO DA MINORANTE NA TOTALIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. 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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. Hipótese em que a instância ordinária, à exceção da natureza da droga (*crack*), valeu-se de argumentos genéricos e próprios do tipo penal para sopesar como desfavoráveis a personalidade e a conduta social do agente, sendo, portanto, manifesta a ilegalidade no cálculo penal. Necessidade de readequação da sanção inicial.

4. 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.

5. Hipótese que à minguia de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do agente, e considerando sua primariedade e seus bons antecedentes, a natureza da droga apreendida não autoriza, por si só, o afastamento da minorante na totalidade. Impõe-se, portanto, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal (2/3).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão (1 ano e 8 meses) e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP.

7. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da aferição desfavorável da natureza da droga, na primeira fase da dosimetria da pena (art. 44, III, do CP).

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base e fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a sanção para 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, mais pagamento de 166 dias-multa.

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), 1º de março de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 429.966 - SP (2017/0329379-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUILHERME KRAHENBUHL SILVEIRA PICCINA - SP0223742
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO MONT ALVERNE DOS SANTOS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **DIEGO MONT ALVERNE DOS SANTOS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi absolvido da imputação do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo defensivo para condenar o acusado à pena de 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 555 dias-multa.

Neste *writ*, alega o impetrante que o paciente preenche todos os requisitos necessários à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Aduz que o regime mais gravoso foi fixado com fundamento apenas na gravidade abstrata do delito, em contrariedade às Súmulas 440 do STJ, 718 e 719 do STF.

Requer, assim, a aplicação da minorante no patamar máximo e a fixação do regime mais brando.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício, a fim de fixar a pena-base no mínimo legal, aplicar o redutor na fração de 2/3 e a readequação do regime inicial fixado. (e-STJ, fls. 29-35).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 429.966 - SP (2017/0329379-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUILHERME KRAHENBUHL SILVEIRA PICCINA - SP0223742
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO MONT ALVERNE DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS OU PRÓPRIAS DO TIPO PENAL. READEQUAÇÃO. 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. APLICAÇÃO DA MINORANTE NA TOTALIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. 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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. Hipótese em que a instância ordinária, à exceção da natureza da droga (*crack*), valeu-se de argumentos genéricos e próprios do tipo penal para sopesar como desfavoráveis a personalidade e a conduta social do agente, sendo, portanto, manifesta a ilegalidade no cálculo penal. Necessidade de readequação da sanção inicial.

4. 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.

5. Hipótese que à minguia de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do agente, e considerando sua primariedade e seus bons antecedentes, a natureza da droga apreendida não autoriza, por si só, o afastamento da minorante na totalidade. Impõe-se, portanto, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal (2/3).

6. Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão (1 ano e 8



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses) e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP.

7. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da aferição desfavorável da natureza da droga, na primeira fase da dosimetria da pena (art. 44, III, do CP).

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base e fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a sanção para 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, mais pagamento de 166 dias-multa.

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.

Inicialmente, consigna-se que, embora não tenha sido suscitado na inicial, verifica-se flagrante ilegalidade na fixação da pena-base, apta a ensejar a atuação de ofício desta Corte Superior.

Vejamos.

O Tribunal de origem, ao condenar o paciente à pena de 5 anos, 6 meses e 20 dias, procedeu da seguinte forma no cálculo penal:

"Levando-se em conta a conduta social e personalidade do acusado, bem como a natureza devastadora da droga apreendida (*crack*), fixo a pena-base em 1/3 acima do mínimo legal, ou seja, em 6 anos e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 666 dias-multa, no piso, obedecendo aos ditames do artigo 59 do Estatuto Repressivo e do artigo 42 da Lei de Drogas.

Em seguida, diante do reconhecimento da menoridade relativa (fl. 6), reduzo a reprimenda em 1/6, do que resultam 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 555 dias-multa, no limiar, quantum que torno definitivo diante da ausência de outras causas modificadoras.

Por outro lado, não há se falar na concessão do benefício previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

Nos termos do referido dispositivo legal, o Magistrado poderá reduzir a pena fixada ao agente - de um sexto a dois terços - desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Cuida-se, pois, de faculdade que o Juiz de

Direito usará ou não, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, e não direito subjetivo do acusado. E, na hipótese vertente, tendo em vista as circunstâncias que envolveram a prisão do réu, a natureza devastadora da droga com ele encontrada, não há dúvida de que DIEGO possui sério comprometimento com a engrenagem do comércio ilícito de entorpecentes. Portanto, malgrado primário, o recorrente não faz jus ao privilégio" (e-STJ,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fls. 19-20).

Como é cediço, a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Dentro do sistema trifásico adotado pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Tratando-se de condenado pelo delito de Tráfico de Drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece a preponderância dos vetores referentes à quantidade e à natureza da droga apreendida, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, verifica-se que a Corte de origem considerou como desfavoráveis, para majoração da pena-base em 1 ano e 8 meses de reclusão, a conduta social, a personalidade do agente e a natureza da droga apreendida (*crack*).

Contudo, da leitura atenta da decisão acima transcrita, observa-se que, à exceção das considerações tecidas acerca da espécie do entorpecente, não houve a indicação de elementos idôneos para subsidiar o incremento da pena-base pela aferição negativa da conduta social e da personalidade do acusado, o que é vedado conforme reiterada jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. AUMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. EMPREGO DE VIOLÊNCIA QUE EXTRAVASA O TIPO PENAL. MAJORANTES DO ROUBO. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. NÃO VERIFICAÇÃO. PENA-BASE EXASPERADA PELO *MODUS OPERANDI* (SOCOS NA FACE) E NÃO PELAS MAJORANTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento do *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

3. Nesse contexto, elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem suporte em dados concretos não podem ser utilizados para aumentar a pena-base.

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 377.234/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 1/2/2017);



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS RELATIVAS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS AFASTADAS. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI DE TÓXICOS). IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 1.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se suficiente a motivar a exasperação da pena-base a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida - duas porções de cocaína, pesando 1,976kg (um quilo, novecentos e setenta e seis gramas).

3. No caso, o Magistrado sentenciante afirmou, ao estabelecer a basal dos crimes de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico, que a culpabilidade do réu, entendida como índice de reprovabilidade, seria de elevada intensidade (e-STJ fl. 51). Tal justificativa evidencia-se manifestamente genérica, inerente ao tipo incriminador, não anunciado, sequer sucintamente, o maior grau de reprovabilidade da conduta perpetrada ou o menosprezo especial ao bem jurídico violado. É caso, portanto, de falta de fundamentação.

4. Por derradeiro, insuficiente a motivar a exasperação da pena-base a afirmação de que funestas foram as consequências dos crimes, pois degradam pessoas e comprometem o tecido social (e-STJ fl. 51), porquanto os elementos apresentados pelas instâncias ordinárias não transcendem o resultado típico, são inerentes aos delitos e já foram sopesados pelo legislador no momento da fixação da pena em abstrato do delito. Precedentes.

5. "Não se aplica a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação para o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei" (HC 342.317/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 2/2/2016).

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena definitiva aplicada ao paciente a 8 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 1.305 (mil, trezentos e cinco) dias-multa."

(HC 258.475/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017).

Desse modo, tendo sido mantida **a natureza da droga apreendida** (14,96 g de *crack*) como o único argumento válido para o aumento da pena inicial, fixo-a em 5 anos e 6 meses de reclusão, atento às penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos) e a valoração de cada circunstância judicial desfavorável feita no acórdão condenatório.

No que se refere ao reconhecimento do tráfico privilegiado, também assiste razão ao impetrante.



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.

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, a instância antecedente deixou de aplicar a minorante, por entender que a espécie do entorpecente apreendido, de alta nocividade, denotaria o envolvimento do paciente com o tráfico de entorpecentes.

Entretanto, mesmo que de fato seja reconhecida a alta lesividade da droga apreendida, tal elemento, por si só, não autoriza o afastamento da minorante. Dessa forma, à míngua de elementos probatórios que indiquem concretamente a dedicação do paciente em atividade criminosa, e tratando-se de réu primário e de bons antecedentes, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

Confirmam-se os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Vale lembrar, ainda, que, tendo sido aferido tal vetor para justificar o aumento da pena-base, está vedada sua utilização, concomitante, na terceira fase da dosimetria, a fim de modular a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, conforme firmado no julgamento do ARE n. 666.334/AM.

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

A pena-base fica estabelecida em 5 anos e 6 meses de reclusão mais 550 dias-multa, pela aferição desfavorável da natureza do entorpecente, a qual retorna ao mínimo legal, na fase intermediária, pelo reconhecimento da menoridade relativa do paciente. 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**.

Quanto ao regime prisional, deve ser alterado para o modo intermediário.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos 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 condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o **adequado e suficiente** para o cumprimento da pena reclusiva, pela aferição negativa de circunstância judicial (natureza da droga) na primeira fase da dosimetria (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).

Nesse sentido:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que vedavam a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, aos sentenciados pelos delito de tráfico de drogas. Tais proibições foram, inclusive, suprimidas do texto legal por meio da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Portanto, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos condenados por delitos previstos na Lei de Drogas, se preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito mostra-se insuficiente, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), especificamente a natureza da droga apreendida.

Sobre o tema, o seguinte julgado:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. VALORAÇÃO NEGATIVA. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA O ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E PARA NEGAR A SUBSTITUIÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES QUE NÃO JUSTIFICA O REGIME EXCESSIVAMENTE MAIS GRAVOSO. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a parcial inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. A valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos. Precedentes.

5. No caso, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, sopesados na terceira fase da dosimetria, constitui fundamento idôneo para a fixação do regime prisional mais gravoso e para negar a substituição por restritivas de direitos. Entretanto, tais circunstâncias apenas justificam o regime intermediário, tendo em vista que o paciente é primário e a condenação não é superior a 4 anos.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 390.554/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para reduzir a pena-base e fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a sanção para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 166 dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0329379-2

HC 429.966 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00027381220128260625 00478107820178260000 27381220128260625
478107820178260000

EM MESA

JULGADO: 01/03/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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 GUILHERME KRAHENBUHL SILVEIRA PICCINA - SP0223742
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIEGO MONT ALVERNE DOS SANTOS

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.