



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.808 - PE (2017/0176479-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JULIO HENRIQUE SILVA DANTAS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NULIDADE. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM DEPOIMENTO POLICIAL. PROVA IDÔNEA. ALEGADA FALTA DE APRECIÇÃO DAS TESES DEFENSIVAS. INOCORRÊNCIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. REDIMENSIONAMENTO. ATENUANTE DE MENORIDADE RELATIVA. FRAÇÃO INFERIOR A 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/6. *QUANTUM* NÃO MOTIVADO. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. APLICAÇÃO DE 2/3. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. As pretensões de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 não podem ser apreciadas por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).

3. Segundo entendimento reiterado desta Corte os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.

4. Não é nula a decisão que aprecia as teses defensivas e, satisfatoriamente, as refuta, destacando inclusive que os depoimentos do paciente e das demais testemunhas da defesa são incongruentes com as provas colhidas nos autos. Ademais, "o Juiz não é obrigado a pronunciar-se sobre todas as teses defensivas desde que tenha encontrado fundamentos suficientes para justificar o *decisum*" (EDcl no AgRg nos EREsp 1.043.207/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/8/2014, DJe 29/8/2014).

5. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

6. Hipótese em que, embora tenha sido apresentado fundamento válido para o agravamento da pena básica (natureza do entorpecente), mostra-se desproporcional o aumento em 1/5 acima do mínimo legal, quando favoráveis as demais circunstâncias judiciais e não é significativa a quantia de droga apreendida (18 invólucros de *crack*, pesando 10,338), sendo, portanto, suficiente o incremento da pena em 6 meses de reclusão, pela aferição negativa da natureza da droga.

7. Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça a aplicação de fração superior a 1/6, pelo reconhecimento das agravantes e das atenuantes genéricas, exige motivação concreta e idônea. *In casu*, na falta de indicação de motivação concreta para a redução em apenas 3 meses, impõe-se a readequação da pena, na segunda fase.

8. 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.

9. Hipótese em que à mingua de qualquer fundamento que justifique a fração de 1/6 e de elementos probatórios que comprovem a dedicação do paciente à atividade criminosa, e considerando ainda sua primariedade e seus bons antecedentes, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

10. Estabelecida a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, o regime inicial semiaberto é o cabível para a reprovação do delito, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

11. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP). Precedentes.

12. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base, alterar a fração de incidência da atenuante de menoridade para 1/6 e aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar de 2/3, resultando a pena do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão mais pagamento de 166 dias-multa, em regime 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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2017 (data do julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.808 - PE (2017/0176479-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JULIO HENRIQUE SILVA DANTAS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JULIO HENRIQUE SILVA DANTAS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 800 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo defensivo, para reduzir a pena-base, aplicar o redutor pelo tráfico privilegiado e fixar o regime semiaberto, ficando a reprimenda final em 4 anos, 9 meses e 15 dias de reclusão, mais o pagamento de 458 dias-multa.

Neste *writ*, alega o impetrante que a acusação não se desincumbiu do ônus de comprovar a finalidade mercantil dos entorpecentes, ainda que fosse com base nas circunstâncias ou evidências do flagrante. Afirma que a negativa do acusado não foi rebatida na instrução processual e a condenação está motivada apenas em depoimentos policiais.

Subsidiariamente, aduz ser desproporcional a exasperação da pena-base, com fundamentos em elementos inidôneos acerca da culpabilidade e da conduta social.

Requer, assim, a absolvição do paciente, nos termos do art. 386, VII, do CPP, ou, alternativamente, a fixação da pena inicial no mínimo legal.

Informações prestadas (e-STJ, fls. 63-65).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 70-82).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.808 - PE (2017/0176479-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JULIO HENRIQUE SILVA DANTAS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NULIDADE. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM DEPOIMENTO POLICIAL. PROVA IDÔNEA. ALEGADA FALTA DE APRECIÇÃO DAS TESES DEFENSIVAS. INOCORRÊNCIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. REDIMENSIONAMENTO. ATENUANTE DE MENORIDADE RELATIVA. FRAÇÃO INFERIOR A 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/6. *QUANTUM* NÃO MOTIVADO. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. APLICAÇÃO DE 2/3. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. As pretensões de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 não podem ser apreciadas por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).

3. Segundo entendimento reiterado desta Corte os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.

4. Não é nula a decisão que aprecia as teses defensivas e, satisfatoriamente, as refuta, destacando inclusive que os depoimentos do paciente e das demais testemunhas da defesa são incongruentes com as provas colhidas nos autos. Ademais, "o Juiz não é obrigado a pronunciar-se sobre todas as teses defensivas desde que tenha encontrado fundamentos suficientes para justificar o *decisum*" (EDcl no AgRg nos EREsp 1.043.207/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/8/2014, DJe 29/8/2014).

5. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

6. Hipótese em que, embora tenha sido apresentado fundamento válido para o agravamento da pena básica (natureza do entorpecente), mostra-se desproporcional o aumento em 1/5 acima do mínimo legal, quando favoráveis as demais circunstâncias judiciais e não é significativa a quantia de droga apreendida (18 invólucros de *crack*, pesando 10,338), sendo, portanto, suficiente o incremento da pena em 6 meses de reclusão, pela aferição negativa da natureza da droga.

7. Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça a aplicação de fração superior a 1/6, pelo reconhecimento das agravantes e das atenuantes genéricas, exige motivação concreta e idônea. *In casu*, na falta de indicação de motivação concreta para a redução em apenas 3 meses, impõe-se a readequação da pena, na segunda fase.

8. 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.

9. Hipótese em que à mingua de qualquer fundamento que justifique a fração de 1/6 e de elementos probatórios que comprovem a dedicação do paciente à atividade criminosa, e considerando ainda sua primariedade e seus bons antecedentes, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

10. Estabelecida a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, o regime inicial semiaberto é o cabível para a reprovação do delito, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

11. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP). Precedentes.

12. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base, alterar a fração de incidência da atenuante de menoridade para 1/6 e aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar de 2/3, resultando a pena do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão mais pagamento de 166 dias-multa, em regime semiaberto.

VOTO

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

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

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

Inicialmente, quanto ao pedido de absolvição, verifica-se que há testemunhos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguros, somado ao conjunto probatório trazido como fundamento no acórdão recorrido (auto de apreensão e laudo de constatação), de que o paciente foi surpreendido na posse de 18 pedras de *crack* (10,338g) e R\$ 110,00 em espécie, em desacordo com a lei ou norma regulamentar.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que, "para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente" (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Vale anotar, ainda, que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. DEPOIMENTO DE AGENTE POLICIAL COLHIDO NA FASE JUDICIAL. CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS. VALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do ora agravante pelo crime de associação para o tráfico, de modo que, para se concluir pela insuficiência de provas para a condenação, seria necessário o revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

2. São válidas como elemento probatório, desde que em consonância com as demais provas dos autos, as declarações dos agentes policiais ou de qualquer outra testemunha. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS PROVAS QUE ENSEJARAM A CONDENAÇÃO. TESTEMUNHAS POLICIAIS CORROBORADAS POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INCOMPATIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Não obstante as provas testemunhais advirem de agentes de polícia, a palavra dos investigadores não pode ser afastada de plano por sua simples condição, caso não demonstrados indícios mínimos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interesse em prejudicar o acusado, mormente em hipótese como a dos autos, em que os depoimentos foram corroborados pelo conteúdo das interceptações telefônicas, pela apreensão dos entorpecentes - 175g de maconha e aproximadamente 100g de cocaína -, bem como pelas versões consideradas pelo acórdão como inverossímeis e permeadas por várias contradições e incoerências apresentadas pelo paciente e demais corréus.

3. É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que o depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso (HC 165.561/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 15/02/2016). Súmula nº 568/STJ.

[...]

8. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 393.516/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Observa-se, também, que os testemunhos apresentados pela defesa foram devidamente apreciados pelo julgador, tendo sido, contudo, o do paciente tido por incongruente com o quadro probatório trazido ao feito, e o da testemunha Jessé corroborado para a condenação (e-STJ, fl. 14).

Nesse contexto, ao contrário do alegado pelo impetrante, constata-se que as instâncias ordinárias adotaram fundamento suficiente para a prolação do édito condenatório, e refutaram, satisfatoriamente, as versões defensivas de inocência do réu. Ademais, "o Juiz não é obrigado a pronunciar-se sobre todas as teses defensivas desde que tenha encontrado fundamentos suficientes para justificar o *decisum*" (EDcl no AgRg nos EREsp 1.043.207/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/8/2014, DJe 29/8/2014).

Desse modo, apoiada a condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes em prova suficiente, o acolhimento do pedido de absolvição ou de desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.340/2006 demanda o exame aprofundado dos fatos, o que é inviável em *habeas corpus* (HC 392.153/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 1º/6/2017, DJe 7/6/2017; HC 377414/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 2/2/2017).

Em relação à suposta ilegalidade na majoração da pena-base, vejamos os termos do acórdão impugnado:

"Passo a analisar o pleito de redução da reprimenda, sob o argumento de que não existem motivos para que a pena-base se afaste do mínimo legal, afigurando-se exacerbada a pena fixada na sentença:

Da leitura da sentença, mais especificamente da fl. 143-V, percebe-se que o Magistrado fixou a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão. Entendo que houve equívoco do Magistrado ao considerar como desfavoráveis as circunstâncias da culpabilidade e motivos do crime, levando em consideração elementos genéricos e já contidos no tipo penal (consciência da ilicitude e pretensão de angariar lucro fácil). Da mesma maneira, não atentou o Juiz sentenciante para o disposto na súmula de nº 444 do STJ, ao utilizar ação penal não transitada em julgado como mácula à conduta social do recorrente, exacerbando a pena-base.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apesar de considerar que as circunstâncias do art. 59 do CP são favoráveis ao apelante, ressalto que o art. 42 da Lei nº 11.343/06 dispõe que devem preponderar sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância, bem como a personalidade e a conduta social do agente.

No caso concreto, considero como relevante a natureza da substância apreendida (*crack*), devendo este aspecto ser apreciado como desfavorável ao apelante, afastando a pena-base do mínimo legal.

Em sendo assim, entendo razoável a fixação da pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

No que diz respeito à aplicação da atenuante do art. 65, I, do CP, entendo que assiste razão ao apelante.

Consta das cópias da certidão de nascimento e da carteira de identidade de fls. 79/80, que o apelante nasceu no dia 02/03/1994, e, na data do crime, 28/06/2013, tinha menos de 21 (vinte e um) anos de idade.

Isto posto, reduzo a reprimenda em 03 (três) meses, fixando-a em 5 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão. Estabeleço a pena de multa em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Concordando com o douto Procurador de Justiça, entendo ser cabível, ainda, a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, pois encontram-se preenchidos os requisitos legais.

Opero a redução da reprimenda, por conseguinte, na fração de 1/6 (um sexto), fixando-a em 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 458 (quatrocentos e cinquenta e oito) dias-multa". (e-STJ, fls. 14-16)

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 a quantidade e a 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, segundo se verifica, diferentemente do alegado pela defesa, não foram valoradas negativamente a culpabilidade e a conduta social do agente, vetores que, inclusive, foram afastados pela Corte de origem, pois haviam sido sopesados indevidamente pelo Juízo de primeiro grau.

Por outro lado, segundo se infere, a instância antecedente, atenta as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a natureza da droga apreendida (*crack*) para fixar a pena-base em 6 anos de reclusão.

Contudo, embora tenha sido apresentado fundamento válido para o agravamento da situação do réu, mostra-se desproporcional o incremento da pena em 1/5, quando favoráveis as demais circunstâncias judiciais, e não é significativa a quantia de droga apreendida, pois trata-se de - 18 invólucros de *crack*, com peso de 10,338g.

Logo, levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (de 5 a 15 anos de reclusão), o deslocamento da pena-base em 5



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos e 6 meses de reclusão é suficiente e adequado à reprovação da conduta delitiva, em razão da nocividade do entorpecente apreendido, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Em decisões similares, este Superior Tribunal de Justiça já procedeu ao redimensionamento da pena-base reconhecendo a desproporcionalidade no aumento.

Vejam os:

"[...]

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO DESPROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. Na espécie, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade dos estupefacientes apreendidos, encontra-se devidamente justificada, contudo, em *quantum* desproporcional, impondo-se o redimensionamento.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício tão-somente para redimensionar a pena-base imposta."

(AgRg no AREsp 936.212/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 30/8/2017);

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA (COCAÍNA). POSSIBILIDADE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. AUMENTO DESPROPORCIONAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS 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. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

3. Embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha se manifestado que a aferição negativa da natureza da droga na primeira fase da dosimetria atende o critério estabelecido no art. 42 da Lei de Drogas, as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

particularidades do caso concreto, recomendam a readequação da pena inicial, sobretudo quando favoráveis as demais circunstâncias judiciais e verificada a ínfima quantia de droga apreendida - apenas 7 decigramas de cocaína -. Portanto, é suficiente o aumento da pena-base em seis meses de reclusão.

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena final pelo delito de tráfico para 5 anos e 6 meses de reclusão, mais 550 dias-multa."

(HC 378.627/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 1º/12/2016, DJe 7/12/2016).

Por sua vez, de uma análise atenta do acórdão impugnado, embora não tenha sido suscitado pela defesa, observa-se que há flagrante ilegalidade nas demais fases da dosimetria da pena, aptas a ensejar a atuação, de ofício, desta Corte Superior, conforme passo a expor.

Na segunda etapa da dosimetria, nos termos do art. 65, I, do Código Penal, entendeu o Tribunal *a quo* pela incidência da atenuante de menoridade relativa, pois à época do fato delituoso o paciente contava com 21 anos de idade.

Como cediço, o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração inferior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.

In casu, a Corte Estadual reduziu a pena do paciente em apenas 3 meses, sem apresentar qualquer motivação concreta para afastar a incidência da fração mínima. Portanto, faz-se necessária a readequação da pena na segunda fase da dosimetria, a fim de que seja aplicado o índice de 1/6, pela presença da atenuante da menoridade relativa.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DISPARO DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CONDUTA ESPECIALMENTE REPROVÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 PARA A REDUÇÃO DA PENA-BASE, ANTE A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE REDUÇÃO PROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. A lei não prevê as frações a serem aplicadas no caso de incidência de atenuantes e agravantes. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado no sentido de que a redução da pena em fração inferior a 1/6 deve ser devida e concretamente fundamentada. Precedentes.

6. No caso, a redução da pena-base em 3 meses, pela atenuante da menoridade, foi menor que a fração comumente usada de 1/6 e sem a apresentação de qualquer fundamentação, o que demonstra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 341.035/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 1º/6/2017, DJe 8/6/2017);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO TENTADO. DOSIMETRIA. REVISÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ATENUANTE DA MENORIDADE. *QUANTUM* DE DIMINUIÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA ESCOLHA DE FRAÇÃO INFERIOR A 1/6 (UM SEXTO). PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

III - De igual modo, mostra-se flagrantemente desproporcional a redução da pena pela menoridade do paciente em apenas 6 (seis) meses - o que representava 1/37 (um trinta e sete avos) da pena-base -, devendo ser fixada a fração paradigma de 1/6 (um sexto), ante a ausência de motivação para a incidência em patamar inferior.

IV - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto) para aumento ou diminuição da pena pela incidência das agravantes ou atenuantes genéricas, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar devidamente fundamentado. Precedentes.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC 370.184/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 9/5/2017, DJe 22/5/2017).

Do mesmo modo, na terceira fase da dosimetria, a instância antecedente, ao reconhecer a primariedade do paciente, seus bons antecedentes, bem como a inexistência de provas que indiquem a dedicação ao tráfico ou que integre organização criminosa, aplicou a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado em 1/6, no entanto, sem justificativa alguma pela escolha da fração de mínima.

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.

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 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).

In casu, a mingua de qualquer fundamento que justifique a fração de 1/6 e de elementos probatórios que indiquem a dedicação do paciente à atividade criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confirmam-se os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO NO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*.

2. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no patamar mínimo, sendo possível a aplicação da minorante na fração máxima.

3. Aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 ano, 11 meses e 10 dias 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.

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

(HC 404.000/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 31/8/2017);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO EM 1/6. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

3. No caso, o Tribunal local aplicou a redutora em patamar inferior ao máximo, contudo, não apresentou motivação idônea para justificar a fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de patamar diverso do máximo. O fato de o paciente ser primário e não se dedicar a atividades criminosas é requisito para se aplicar ou não a benesse e não fundamento para mensurar o quantum que será arbitrado. 4. Em relação ao regime e à substituição, tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da quantidade não expressiva de droga, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais."

(HC 393.816/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017).

Passo, assim, à readequação da pena.

A pena-base fica estabelecida em 5 anos e 6 meses de reclusão, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a qual retorna ao patamar mínimo, na fase seguinte, em razão do reconhecimento da atenuante de menoridade relativa, respeitado o disposto na Súmula 231 do STJ. Na terceira fase, aplico a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no patamar de 2/3, nos termos acima expostos, resultando a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão mais pagamento de 166 dias-multa.

No que se refere ao regime prisional, consigno que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o **adequado** para o cumprimento da pena reclusiva, pela aferição negativa de circunstância judicial, 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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);

"HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU. DETERMINAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNIO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO, APENAS PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO, DEVENDO A EXECUÇÃO DA PENA OBSERVAR OS REQUISITOS DO REGIME IMPOSTO.

1. Paciente condenada ao cumprimento da pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei 11.343/2006).

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. No caso, a jurisdição das instâncias ordinárias encontra-se encerrada, sendo possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

3. Verifica-se a existência de manifesta ilegalidade na fixação do regime inicial fechado. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, nesses casos, o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de não reconhecer o crime de associação para o tráfico como equiparado à hediondo, por falta de expressa previsão na Lei 8.072/1990 (HC 353.604/RJ, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, j. em 21/6/2016, DJe 29/6/2016 e HC 356.853/RS, Rel. Min. ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, j. em 1/9/2016, DJe 12/9/2016).

5. Havendo circunstância judicial desfavorável adequadamente reconhecida, é possível a fixação de regime mais gravoso do que aquele permitido pela pena estabelecida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Não constatada ilegalidade no *quantum* da sanção estabelecida, mais adequado ao caso concreto a fixação do regime inicial semiaberto, vedada a substituição por medidas restritivas de direito, diante do envolvimento em organização criminosa e comprovada dedicação à atividades criminosas.

7. *Habeas corpus* parcialmente concedido, apenas para fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 370.242/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 8/11/2016).

Por fim, não cabe, na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Tendo sido a pena-base exasperada nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do crime.

Sobre o tema, o seguinte julgado:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. LOCAL UTILIZADO COMO PONTO DE VENDA DE DROGA. FRAÇÃO MÍNIMA. PROPORCIONAL. REVISÃO DO PANORAMA FÁTICO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). *QUANTUM* DE REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL. PREJUDICADO. CONCEDIDA A ORDEM EM OUTRO *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Quanto ao regime prisional, o pleito encontra-se prejudicado, haja vista que esta Corte de Justiça concedeu a ordem no HC 338.225/SC para fixar o regime semiaberto ao paciente, que se insurgiu contra o mesmo Acórdão de n. 2014.085406-6.

5. A vedação à substituição da pena por restritiva de direitos encontra-se fundamentada em razão da pena-base ter sido fixada acima do mínimo legal. Dessa forma, a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) justifica a referida vedação, de acordo com o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 334.064/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 28/11/2016);

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para reduzir a pena-base, alterar a fração de incidência da atenuante de menoridade para 1/6 e aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar de 2/3, resultando a pena final do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão mais pagamento de 166



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa, em regime semiaberto.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0176479-0

HC 408.808 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03939233 3939233

EM MESA

JULGADO: 03/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE	: JULIO HENRIQUE SILVA DANTAS

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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.