



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 361.691 - SP (2016/0175923-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **FABIANO LUPINO CAMARGO**
ADVOGADO : **FABIANO LUPINO CAMARGO - SP356918**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ALAN CARVALHO PEREIRA DOS SANTOS**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. OMISSÃO NA ANÁLISE DAS TESES DEFENSIVAS. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTADA SEM JUSTIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. 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. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. O acórdão proferido no julgamento do apelo não padece de nulidade, porquanto enfrentou todas as teses defensivas, tendo concluído pela procedência da acusação com base nos elementos probatórios amealhados aos autos.
3. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.
4. Hipótese em que o Tribunal de origem negou a aplicação da referida minorante ao paciente, sem apresentar fundamentação alguma para tanto, em manifesta ofensa ao princípio da motivação das decisões judiciais, sendo de rigor a aplicação do redutor no grau máximo, sobretudo quando trata-se de acusado primário, de bons antecedentes e não há elementos que indique sua habitualidade delitiva. Precedentes.
5. Readequada a pena final para 1 (um) ano e 8 (oito) 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 do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, tornando a pena definitiva do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, assim como para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

serem definidas pelo Juízo da Execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 361.691 - SP (2016/0175923-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : FABIANO LUPINO CAMARGO
ADVOGADO : FABIANO LUPINO CAMARGO - SP356918
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAN CARVALHO PEREIRA DOS SANTOS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ALAN CARVALHO PEREIRA DOS SANTOS**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi absolvido, em primeiro grau, da imputação pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial para condená-lo pelo crime de tráfico de drogas, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 500 dias-multa.

Neste *writ*, o impetrante sustenta a nulidade do acórdão impugnado, porque as teses defensivas apresentadas nas contrarrazões recursais não foram examinadas. Afirma, ainda, que não foram indicados fundamentos válidos para negar ao paciente a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Alega, por fim, ser inconstitucional a imposição do regime inicial fechado com base no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, assim como a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direito, uma vez que preenchidos os requisitos legais.

Requer a concessão da ordem nos termos acima referidos.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 265-266).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de ofício para que o Tribunal estadual se manifeste acerca da possibilidade de aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, assim como a possibilidade de fixação de regime mais brando (e-STJ, fls. 317-322).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 361.691 - SP (2016/0175923-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : FABIANO LUPINO CAMARGO
ADVOGADO : FABIANO LUPINO CAMARGO - SP356918
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAN CARVALHO PEREIRA DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. OMISSÃO NA ANÁLISE DAS TESES DEFENSIVAS. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTADA SEM JUSTIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. 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. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. O acórdão proferido no julgamento do apelo não padece de nulidade, porquanto enfrentou todas as teses defensivas, tendo concluído pela procedência da acusação com base nos elementos probatórios amealhados aos autos.
3. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.
4. Hipótese em que o Tribunal de origem negou a aplicação da referida minorante ao paciente, sem apresentar fundamentação alguma para tanto, em manifesta ofensa ao princípio da motivação das decisões judiciais, sendo de rigor a aplicação do redutor no grau máximo, sobretudo quando trata-se de acusado primário, de bons antecedentes e não há elementos que indique sua habitualidade delitiva. Precedentes.
5. Readequada a pena final para 1 (um) ano e 8 (oito) 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 do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, tornando a pena definitiva do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, assim como para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo da Execução.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, convém destacar que "esta Corte Superior de Justiça tem entendimento assente no sentido de que o julgador não é obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pelas partes, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas" (EDcl no AgRg no AREsp 445.549/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 21/10/2016).

Da leitura atenta dos autos, observa-se que a tese da defesa, nas contrarrazões do apelo, se referia, em suma, a fragilidade do conteúdo probatório para a condenação pelo delito de tráfico porque a) contraditórios os depoimentos dos policiais e b) nada foi encontrado com o réu.

A Corte estadual ao firmar o seu convencimento pela configuração do delito de tráfico de drogas assim se manifestou:

Elementos mais que suficientes a garantir autoria e materialidade delitivas. Esta caracterizada pelo (i) boletim de ocorrência, f. 8/10. (ii) auto de exibição e apreensão 11. (iii) laudo de constatação, f. 12/14, e (iv) exame químico-toxicológico, f. 122/124, a bem caracterizar as substâncias entorpecentes.

A autoria, por seu turno, é incontestável.

A começar pelo estado flagrancial já descrito.

De efeito.

Esse fato, só por si, caracteriza por sem dúvidas e de pronto a autoria — e o próprio tráfico — uma vez que não há lógica capaz de fugir a essa interpretação.

Quem é apanhado em pleno "iter criminis", trazendo consigo, guardando ou mantendo em depósito considerável quantidade de variados entorpecentes, todos eles acondicionados para o comércio — 26 porções individuais de cocaína e 24 porções de maconha — não tem como justificar a situação.

Não há explicação razoável ou verossímil para tal posse de entorpecentes, senão aquela que a entenda destinada ao comércio.

Só por aí e já seria — e é verdadeiramente — indisputável, nada obstante mais, e forte, também haver contra o acusado.

Assim, as narrativas dos diligentes e competentes Policiais Militares (i) Rafael, f. 4 e 140, e (ii) Jeferson, J.5 e 141. Estoriam exatamente a ação, em correspondência de detalhes, unicidade de entendimento e ação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relatam que, em patrulhamento de rotina em uma região notoriamente conhecida pela prática de tráfico de entorpecentes, surpreenderam o acusado, em meio a outras pessoas, em atitude suspeita.

Informam que abordaram todos os que ali estavam, e, na revista pessoal, apenas em poder do acusado encontraram porções de cocaína e de maconha, em um dos bolsos da sua calça, além de certo valor em dinheiro. Afirmam que, a seguir, dirigiram-se à residência do acusado e encontraram, na gaveta de uma cômoda, mais 19 porções de maconha, além da importância de R\$ 800,00 em dinheiro.

Evidentemente autênticos os relatos.

E nada se alegue contra as palavras daqueles agentes da lei.

Porquanto não há suspeita sobre elas, mormente quando, exatamente como aqui, estão coerentes e consonantes ao demais do contexto probatório.

A jurisprudência pátria, a esta altura, tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente quando, como aqui, esteja coerente ao mais probatório colacionado e não discrepe do mais

produzido, em sua essência.

De forma que as divergências de detalhes que se apontam nos depoimentos daqueles Policiais não são suficientes para invalidar o conjunto probatório, mais uma vez e sempre com o devido respeito ao entendimento do d. Juízo de origem.

A prova está boa.

Mais que isso, convence o leitor do processo de que os fatos aconteceram exatamente como proposto na denúncia. Afinal, tais divergências estão circunscritas a aspectos periféricos dos fatos e se justificam pela divisão de tarefas havida entre os Policiais no curso de uma operação - exatamente como no caso destes autos, em que apenas um dos milicianos, Rafael, relatou que efetuou a abordagem e, posteriormente, a revista na residência do acusado, pois Policial Jeferson atuava como motorista da viatura.

De forma que não há nada que invalide a prova quanto à localização de entorpecentes em poder do acusado e a apreensão do restante das drogas escondidas na sua residência.

Esta — essência - aquela que importa, pois é ela que cria o convencimento, fazendo o julgador singular ou colegiado tomar este ou aquele caminho.

Sem apegos a rigorismos formais ou detalhes que possam fazer desviar-se daquela essência.

O conjunto globalizado dela é que mostra o espírito da coisa, a alma do processo.

Irrelevantes, por isso e "data venia", as divergências de detalhes que se levantam, por isso se disse.

Porque elas, só por si, não são capazes de alterar a essência dos fatos, estes sim apontando para o acontecimento exatamente tal admitido.

Como se viu.

O que se conta é o convencimento generalizado que se extrai da leitura globalizada do contexto probante, e que leva à certeza dos acontecimentos.

Independentemente deste ou daquele detalhe que possa ter passado a um ou outro testigo.

Detalhes e divergências mínimas, por conseguinte, não terão nunca o condão de alterar a verdade que emana do processo.

Nessa linha, a Corte, em muitos precedentes, tem observado que pequenas discrepâncias em matéria accidental não desvalorizam os depoimentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

postos em contraste: Traficância caracterizada, dessarte.

No vazio, portanto, a versão exculpatória do acusado, verdadeiramente fantasiosa e perdida em si mesma, quando confrontada, não só face sua posição inverossímil, como e principalmente porque improvada.

Alan, na fase inquisitiva, exerceu seu direito de permanecer em silêncio - f. 6. Em Juízo, nega os fatos, afirmando que não havia nenhuma droga em seu poder no momento da abordagem e que está sendo falsamente incriminado pelos Policiais, acusando-os de agir para prejudica-lo -f. 146.

Enfim.

Não fornece qualquer versão crível ou amparada de provas, tampouco que inquene de inverídico todo o conjunto probante que lhe aponta indubitável a autoria do crime. Nestes termos, não é razoável a esta C. Turma Julgadora aceitar as versões apresentadas pelo acusado, porque divorciadas do restante do conjunto probatório amealhado nos autos. [...]

Nada obstante deva estar o julgador sempre atento e dedicado às teses defensórias, verdade é que há um momento em que as versões não podem ser aceitas.

Na defesa plena da sociedade e de todos os homens de bem, que querem ver a Polícia e o Judiciário atuando no combate ao crime.

Por outro lado, os testemunhos de (i) Erick, f. 142, (ii) Roberta, f. 143, e (iii) Jaildo, f. 144 - todos conhecidos (ou familiares) do acusado - não são suficientes a isentá-lo da responsabilização, dado o natural interesse no deslinde da causa.

Não há, enfim e sempre respeitosamente, data venia, para este colegiado, fragilidade de provas para a condenação.

Isto inexistente quando, como aqui, o contexto probatório autorize conclusão de responsabilização, dentro de um critério de prudência e razoabilidade.

Entende, portanto, esta Turma Julgadora, que se esta prudência recomenda cautela no exame das provas e imponha afastamento das dúvidas para uma certeza de condenação, isto é o que basta ao édito condenatório.

Porque, como se viu e se avaliou no material probatório, enfim, a prova vem de amparo exatamente a esta teleologia, já que empresta aos julgadores desta C. Corte a garantia da necessária ausência de dúvidas, o que leva à condenação. (e-STJ, fls. 20-25)

Como se vê, inexistente omissão alguma no julgado impugnado, pois a Corte estadual, no julgamento do apelo, enfrentou todas as teses defensivas, tendo concluído pela procedência da acusação com base nos elementos probatórios amealhados aos autos.

Em relação a possibilidade de reconhecimento do tráfico na forma privilegiada, assiste razão ao impetrante.

O Tribunal de origem, ao prover o apelo ministerial para condenar o paciente, procedeu a readequação da pena, nos seguintes termos:

Pena-base fixada no mínimo legal (art. 59 do Código Penal) e, ausentes quaisquer circunstâncias modificadoras, assim tornada definitiva, em 5 anos de reclusão, mais pagamento de 500 dias-multa, mínimo valor unitário - dê-se que a quantidade de entorpecentes apreendida em poder do acusado, embora considerável não chega a ser desproporcional deforma a justificar a majoração da pena-base com fundamento no art. 42, da L. 11.343/2006. (e-STJ, fl. 27).



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 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 (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Na hipótese, da leitura do trecho acima transcrito, observa-se que o Tribunal estadual **não apresentou justificativa alguma** para manter afastada a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em manifesta afronta ao princípio da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais. Desse modo, levando em conta a primariedade e os bons antecedentes do réu, e à mingua de elementos que indiquem sua habitualidade delitiva, o paciente faz jus à incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no patamar de 2/3

Confira-se os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ESCOLHA DA FRAÇÃO MÍNIMA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). FUNDAMENTO INVÁLIDO. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

4. Hipótese em que, embora o paciente seja primário, não possua maus antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, o Tribunal de origem aplicou o redutor em seu patamar mínimo sem apresentar justificativa idônea para a escolha do *quantum*.

[...]

6. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena para 1 (um) ano, e 8 (oito) meses de reclusão, no regime aberto, acrescida do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução.

(HC 365.093/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 14/11/2016).

[...]

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FIXAÇÃO EM 1/2 (METADE). FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO PARA 2/3 (DOIS TERÇOS). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a aplicação do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto.

3. *In casu*, fixou-se a fração em 1/2 (metade) sem que houvesse fundamentação idônea apta a justificar o *quantum* escolhido.

4. Assim, em razão da pequena quantidade de entorpecente apreendido, imperiosa a alteração do patamar de redução para 2/3 (dois) terços.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e 166 (cento e sessenta e seis dias-multa).

(HC 350.036/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

A pena base permanece em 5 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, tal como procedido pelas instâncias ordinárias, que consideraram favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Montante este que fica inalterado, na etapa seguinte, ante a ausência atenuantes/agravantes. Na terceira fase, nos termos acima expostos, reduz-o-a em 2/3, pela causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, **tornando-a definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.**

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

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

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

In casu, a imposição do regime fechado tem como fundamento a natureza hedionda e a gravidade abstrata do delito, o que não constituem fundamentos inidôneos, segundo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Portanto, fixada a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do paciente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o **regime aberto** é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

Nesse sentido:

"Considerando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, o regime inicial aberto."

(HC 339.471/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015.)

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

[...]

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

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

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e valoração favorável das circunstâncias judiciais), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, 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, o seguinte precedente:

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

3. A partir do 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.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias referiram-se apenas à gravidade abstrata do delito para fixar o regime inicial semiaberto e negar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao 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.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais"

(HC 346.761/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 11/03/2016).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício para fazer incidir a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, tornando a pena definitiva do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, assim como para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo da Execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0175923-4

HC 361.691 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00320856420158260050 20160000392419 320856420158260050 6942015

EM MESA

JULGADO: 07/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FABIANO LUPINO CAMARGO
ADVOGADO	: FABIANO LUPINO CAMARGO - SP356918
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALAN CARVALHO PEREIRA DOS SANTOS

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.