



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.350 - SP (2016/0236475-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : AURO DO ESPIRITO SANTO FEITOSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO GOMES BARBOSA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDENAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REEXAME DE FATOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM 1/3. SUFICIENTE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA. MODO INTERMEDIÁRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Os pedidos de absolvição ou de desclassificação da condenação pelo delito de tráfico de drogas para o de uso próprio não podem ser apreciados por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, uma vez que demandam o exame do conjunto fático-probatório dos autos. Precedentes.
3. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
4. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* dessa redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.
5. Hipótese em que a falta de ocupação lícita pelo agente, a natureza e a quantidade de droga apreendida (23 g de cocaína e 75 g de maconha), *in casu*, não justificam o afastamento do redutor pelo tráfico privilegiado. A míngua de elementos concretos que indiquem a dedicação do paciente a atividades criminosas, e considerando sua primariedade e bons antecedentes, é suficiente a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em 1/3, atento aos vetores do art. 42 da referida norma. Manifesta ilegalidade verificada.
6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006.

7. Estabelecida a pena definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão, revela-se correta a imposição do regime inicial semiaberto, diante da valoração negativa, na terceira fase, da quantia e da natureza da droga encontrada, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.

8. "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (HC n. 126.292/SP, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016).

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/3, ficando a pena final em 3 anos e 4 meses de reclusão, mais pagamento de 333 dias-multa, e para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

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 370.350 - SP (2016/0236475-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : AURO DO ESPIRITO SANTO FEITOSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO GOMES BARBOSA (PRESO)

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 **LEANDRO GOMES BARBOSA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Impetrado *habeas corpus* no Tribunal de origem, a 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgou "prejudicada a impetração, nos termos do art. 659 do Código de Processo Penal", em decisão assim motivada:

"[...] De início, a presente impetração deve ser conhecida. Ao contrário do que consta do parecer do douto Procurador de Justiça, o pedido destes autos (alteração de regime imposto em sentença) não foi objeto de apreciação do *habeas corpus* nº 0077675-20.2015.8.26.0000, que apenas postulava o direito de apelo em liberdade.

Todavia, o *writ* deve ser julgado prejudicado em face da perda de objeto.

Isso porque, consultando os registros eletrônicos do sistema SAJ, constatou-se que este eg. Tribunal de Justiça, por votação unânime na sessão de julgamento realizada em 9 de junho p.p., negou provimento ao recurso de apelação nº 0010453-79.2015.8.26.0050, mantendo o regime fechado imposto na sentença monocrática.

Assim, diante desse cenário, o fato apontado como constrangimento ilegal não mais subsiste, restando prejudicado o pedido em face da perda de objeto.

Diante do exposto, julga-se prejudicada a impetração nos termos do art. 659 do Código de Processo Penal" (e-STJ, fl. 32-33).

Neste *writ*, o impetrante alega que a condenação pelo delito de tráfico de drogas é manifestamente ilegal, uma vez que o paciente trata-se de mero usuário. Afirmar que, no dia dos fatos, ele estava no intervalo do horário de almoço e tinha a intenção apenas de comprar maconha para consumo próprio. Destaca que os entorpecentes apreendidos sequer estavam na posse do paciente, tendo sido localizados no interior de um veículo parado em via pública. Sustenta, ainda, ser inconstitucional negar o apelo em liberdade com fulcro no art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

Requer, assim, a desclassificação da condenação para o delito de uso próprio, bem como a colocação do paciente em regime aberto até o trânsito em julgado da condenação. Subsidiariamente, pede o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O pedido de liminar foi indeferido (e-STJ, fls. 42-43).

Apresentado pedido de reconsideração, a tutela de urgência foi deferida para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

colocação do paciente no regime semiaberto até o julgamento definitivo deste *writ* (e-STJ, fl. 163).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem (e-STJ, fls. 61-66).

Em nova petição, o impetrante afirma que a liminar concedida por esta Corte não foi cumprida, em razão da falta de vaga no estabelecimento adequado, motivo pelo qual pleiteia pela colocação do paciente em prisão domiciliar (e-STJ, fls. 131-142).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.350 - SP (2016/0236475-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : AURO DO ESPIRITO SANTO FEITOSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO GOMES BARBOSA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDENAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REEXAME DE FATOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM 1/3. SUFICIENTE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA. MODO INTERMEDIÁRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Os pedidos de absolvição ou de desclassificação da condenação pelo delito de tráfico de drogas para o de uso próprio não podem ser apreciados por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, uma vez que demandam o exame do conjunto fático-probatório dos autos. Precedentes.
3. 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 organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
4. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* dessa redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.
5. Hipótese em que a falta de ocupação lícita pelo agente, a natureza e a quantidade de droga apreendida (23 g de cocaína e 75 g de maconha), *in casu*, não justificam o afastamento do redutor pelo tráfico privilegiado. A míngua de elementos concretos que indiquem a dedicação do paciente a atividades criminosas, e considerando sua primariedade e bons antecedentes, é suficiente a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em 1/3, atento aos vetores do art. 42 da referida norma. Manifesta ilegalidade verificada.
6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Estabelecida a pena definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão, revela-se correta a imposição do regime inicial semiaberto, diante da valoração negativa, na terceira fase, da quantia e da natureza da droga encontrada, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.
8. "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (HC n. 126.292/SP, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016).
9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/3, ficando a pena final em 3 anos e 4 meses de reclusão, mais pagamento de 333 dias-multa, e para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

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 eventual constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

De início, convém destacar que os pedidos de absolvição ou de desclassificação da condenação pelo delito de tráfico de drogas para o de uso próprio, por demandarem o exame do conjunto fático-probatório dos autos, não podem ser apreciados por esta Corte Superior de Justiça na via estreita do *habeas corpus*.

A propósito, o seguinte julgado que respalda esse entendimento:

TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A pretendida absolvição ou desclassificação da conduta imputada a um dos pacientes para a infração penal prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006 são questões que demandam aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.

2. No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do *habeas corpus* a reanálise dos motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado.

[...]

(HC 362.961/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016).

Quanto à possibilidade de se aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, melhor sorte não assiste ao paciente.

Após o julgamento do HC n. 126.292/SP (Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o posicionamento da Corte Suprema de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

Sobre o tema, confira-se:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. MÉRITO. ROUBO QUALIFICADO. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

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 (HC n. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).

3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é 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. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de apelar em liberdade, como ocorreu, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. *Habeas Corpus* não conhecido. Cassada, de ofício, a liminar outrora deferida em benefício do paciente e recomendada a análise da detração penal."

(HC 350.518/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126292. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Não se constata ilegalidade no decreto de prisão quando proferido em acórdão condenatório em sede de apelação criminal nos termos da nova orientação da Sexta Turma ao apreciar o HC 352.845/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016, adotando recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, de 17/2/2016, DJe 17/5/2016), segundo o qual, a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência.

2. *Habeas corpus* denegado."

(HC 354.470/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 16/06/2016).

Em consulta realizada no Tribunal de origem, verifica-se que o apelo da defesa já foi objeto de apreciação, tendo sido negado-lhe provimento. Apresentado recurso especial, estes foram inadmitidos, aguardando-se o feito, atualmente, o escoamento do prazo para outros recursos.

Desse modo, confirmada a sentença condenatória em segundo grau de jurisdição e esgotadas as instâncias ordinárias, não há óbice a execução provisória da pena pelo paciente.

Por sua vez, em relação a pretensão de reconhecimento do tráfico privilegiado, assiste razão, em parte, ao impetrante.

O Juiz sentenciante entendeu pela não aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 sob o argumento que:

"[...] não obstante sua primariedade, o réu não comprovou ocupação lícita, o que indica que se dedicava às atividades criminosas. Ademais, a variedade e especial lesividade dos entorpecentes (cocaína e maconha) impedem a aplicação do redutor" (e-STJ, fls. 22).

O Tribunal de origem, ao corroborar a sentença condenatória, manteve afastada a benesse legal pelos seguintes fundamentos:

"Na terceira fase, não foi reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois [...] o réu LEANDRO, apesar de primário, não comprovou ocupação lícita, o que indica que se dedicava às atividades criminosas. A variedade e especial lesividade dos entorpecentes (cocaína e maconha) também impedem a aplicação do redutor.

[...]

Assim sendo, na espécie em exame, a quantidade e variedade de entorpecentes também demonstra a personalidade distorcida dos acusados, nem sequer se preocupavam com o mal que iriam causar aos seus semelhantes, vendendo cocaína e maconha" (e-STJ, fls. 112-113).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

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 art. 59 do CP, 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 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Como se observa, as instâncias antecedentes não indicaram fundamento válido que comprovasse a dedicação do paciente ao tráfico de entorpecentes.

Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a falta de ocupação lícita, por si só, é insuficiente para se concluir pela dedicação do agente a atividades criminosas, a fim de fundamentar o afastamento do redutor pelo tráfico privilegiado (AgRg no REsp 1.431.091/SP, Min. Relator SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 23/4/2015).

Outrossim, não se pode presumir, *in casu*, que a habitualidade do paciente no comércio de entorpecentes esteja evidenciada na variada e na expressiva quantidade de droga apreendida, pois tratam-se de 23 g de cocaína e 75 g de maconha.

Desse modo, a minguada de elementos concretos que comprovem a dedicação da paciente ao tráfico de entorpecentes, e considerando ainda sua primariedade e os bons antecedentes, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser operada, em 1/3, atento aos vetores do art. 42 da referida lei (natureza, quantidade e variedade da droga apreendida).

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTUM. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO. CABIMENTO. 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. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

3. No caso, a natureza da droga apreendida – cocaína – constitui critério idôneo para impedir a aplicação do redutor em sua fração máxima, mas a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua quantidade – 24g – revela a necessidade de adequá-lo para a proporcional fração de 1/3, redimensionando-se a pena do paciente. [...]

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial semiaberto. (HC 360.233/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 26/8/2016).

Nesse contexto, mantidos os demais critérios de individualização da pena utilizados pela Corte de origem nas primeiras fases da dosimetria, que fixou a pena do paciente em 5 anos de reclusão, mais pagamento de 500 dias-multa, na terceira etapa, reduziu-a na fração de 1/3, em razão da aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A pena fica definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão, mais pagamento de 333 dias-multa, ante a ausências de outras causas de aumento e diminuição de pena.

O paciente deve iniciar o cumprimento da pena no modo semiaberto, diante da valoração negativa, na terceira fase, da quantia e da natureza da droga encontrada, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO A EVIDENCIAR QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO COM BASE NA GRAVIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO.

[...]

3. Declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 pelo Supremo Tribunal Federal, o Julgador, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram regime prisional mais gravoso em razão da gravidade do delito, o que impõe o reconhecimento do constrangimento ilegal invocado. Assim, considerada a quantidade de pena aplicada e fixada a pena-base no mínimo legal, em virtude da análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, deve ser concedida a ordem, de ofício, para que seja estabelecido o regime inicial semiaberto." (HC 367.143/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 25/10/2016)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ANÁLISE DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL. HEDIONDEZ DO DELITO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTO INIDÔNICO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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

6. *In casu*, a imposição do regime mais gravoso (fechado) está apoiada na natureza hedionda do delito, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior (Nesse sentido: 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).

7. Considerando a pena final imposta (5 anos de reclusão), o fato de o agente ser primário, e as circunstâncias judiciais lhe serem favoráveis, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, valendo anotar que não é excessiva a quantidade de droga apreendida com o paciente (11,9 gramas de maconha), o que reforça a inadequação da escolha do regime mais severo de cumprimento de pena e, por conseguinte, a manifesta ilegalidade imposta ao paciente."

(HC 363.414/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 26/10/2016).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/3, ficando a pena final em 3 anos e 4 meses de reclusão, mais pagamento de 333 dias-multa, bem como para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0236475-9

HC 370.350 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00104537920158260050 104537920158260050 148319720168260000

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	: AURO DO ESPIRITO SANTO FEITOSA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LEANDRO GOMES BARBOSA (PRESO)
CORRÉU	: MARCELO DA SILVA

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.