



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.788 - RS (2016/0157797-3)

RELATOR	: MINISTRO NEFI CORDEIRO
R.P/ACÓRDÃO	: MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: ADRIANO DE LIMA FRANCA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. "CRACK". FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/1990, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional. No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal.

2. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. Na hipótese, ao contrário do que entendeu o Tribunal *a quo*, o fato de o paciente ter sido encontrado na posse de 30,5 g (trinta gramas e cinco decigramas) de *crack*, e 24,6 g (vinte e quatro gramas e seis decigramas) de cocaína não autoriza a conclusão de que ele se dedicava à atividade criminosa. Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa. Contudo, na espécie, a quantidade de entorpecente apreendida não se mostra suficiente para se concluir pela dedicação do paciente à atividade criminosa, à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, razão pela qual o paciente faz jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

4. O Pleno do eg. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

5. Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o Julgador 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).

6. Sob tal perspectiva, dada a quantidade de pena aplicada (2 anos e 6 meses de reclusão), o paciente deve ser submetido ao regime inicial aberto de cumprimento de pena.

7. Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, impõe-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na fração de 1/2, e, assim reduzir a pena definitiva para 2 anos e 6 meses de reclusão, bem como fixar o regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, por maioria, a ordem de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, que lavrará o acórdão. Vencidos o Sr. Ministro Relator e a Sra. Ministra e Maria Thereza de Assis Moura. Votaram com o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 18 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.788 - RS (2016/0157797-3)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : ADRIANO DE LIMA FRANCA

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de ADRIANO DE LIMA FRANCA, contra *decisum* proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 250 dias-multa.

Interposta apelação pelo Ministério Público, deu-se provimento ao recurso para aumentar as penas para 05 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa, afastando a substituição da pena carcerária por restritivas de direitos, mantidas as demais cominações da sentença.

Sustenta a impetrante a necessidade de revisão da dosimetria da pena, especificamente quanto à aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no máximo legal, à fixação do regime menos gravoso e à substituição da pena privativa por restritivas de direitos.

Requer, assim, a revisão da dosimetria aplicada à pena pela Instância Ordinária.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 360/361), tendo sido prestadas as informações (fls. 225/233, 236/237 e 240).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 377/390).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.788 - RS (2016/0157797-3)

VOTO VENCIDO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

No tocante à incidência da minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, o Tribunal de origem assim se manifestou:

Outrossim, quanto ao tráfico privilegiado, diante do quantitativo de drogas apreendido com o réu, como se verifica do fracionamento que poderia gerar, ou seja, 30,5 de crack, que, por sua natureza, poderia ser fracionada em até mais de 305 porções menores para venda (cada grama de crack pode render até 10 pedrinhas), e 24,6g de cocaína, que poderia ser fracionada em até mais de 100 porções (cada grama de cocaína pode render até mais de 4 porções), evidenciado o envolvimento do réu em tráfico organizado e de maior lesividade social, incabível a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que deve ser afastada.

Assim, resta a pena definitiva aumentada para 05 (cinco) anos de reclusão.

A pena pecuniária deve manter simetria com a pena privativa de liberdade aplicada, conforme estabelecido no tipo penal em apreço.

Assim, aumento a pena pecuniária para 500 (quinhentos) dias-multa, na razão mínima já estabelecida na sentença.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do novo quantitativo de pena carcerária, deve ser adequado o regime inicial para o semiaberto (§ 2º, b, do art. 33 do Código Penal).

Por fim, resultando a pena privativa de liberdade superior a quatro anos, afastada resta a substituição por penas restritivas de direitos (art. 44, inc. I, do Código Penal) (fl. 232 - grifos).

Na espécie, como visto, o Tribunal de origem negou a aplicação do benefício em virtude das circunstâncias do caso – em especial, a quantidade e a forma de acondicionamento das drogas apreendidas –, as quais evidenciariam o não preenchimento dos requisitos legais, concluindo-se que o paciente, com base na prova dos autos, teria envolvimento *em tráfico organizado* (fl. 232), sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do *habeas corpus*. A propósito:

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E/OU OMISSÃO. OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO À NARCOTRAFICÂNCIA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS, SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Os embargos de declaração são cabíveis nas hipóteses de haver ambigüidade, obscuridade, contradição e/ou omissão no acórdão prolatado (artigo 619 do Código de Processo Penal). In casu, evidencia-se a ocorrência de uma das condições.

2. **Concluído pelo Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente não era mero traficante ocasional, dedicando-se à narcotraficância, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.**

3. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes. (EDcl no HC 317.302/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. REQUISIÇÃO DE RÉU PRESO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE). POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO NÃO PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

6. *Inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, se o Tribunal de origem constatou, **diante das peculiaridades do caso concreto, que o réu se dedicava a atividades criminosas**, notadamente ao tráfico de drogas. Concluir de forma diversa enseja o reexame do conjunto fático-probatório, obstado pela Súmula n. 7/STJ.*

7. *Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1174858/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016).*

Por fim, inalterado o *quantum* da reprimenda imposta pela instância ordinária (5 anos), superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, incabível a fixação do regime aberto, bem como a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, "b", do CP e 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.788 - RS (2016/0157797-3)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ADRIANO DE LIMA FRANCA

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO:

A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional.

No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício. Nesse sentido: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJe de 27/5/2015.

Sendo assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Na espécie, vislumbro o alegado constrangimento ilegal decorrente do afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A razão de ser do chamado tráfico privilegiado, de que trata o citado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dispositivo, consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida. A propósito, confira-se a seguinte lição:

[...]. Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente), vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se da pena mais branda. (In Lei penais e processuais penais comentadas. Guilherme de Souza Nucci. 9ªed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 358-359).

Na hipótese, o Juízo Sentenciante, ao proceder à dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, aplicou o benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, amparando-se nos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 167):

Analisando as circunstâncias do artigo 59, assim como da lei de entorpecentes, observo que o réu é primário e não registra antecedentes. As demais circunstâncias do delito não lhe são em desfavor, à exceção da diversidade de drogas, razão pela qual fixo a pena base um pouco acima do mínimo legal, ou seja, em cinco anos e seis meses de reclusão. Como o réu, porém, à época dos fatos era menor de 21 anos, diminuo a pena de seis meses, trazendo-a para o mínimo legal, ou seja, cinco anos de reclusão. Diante da minorante do § 4º haja vista que não se tem nos autos indicativos a dizer de modo concreto que o réu integrasse uma organização criminosa, diminuo a pena de metade. Aliás, faço a diminuição de metade, e não em grau máximo, em virtude da diversidade da natureza da droga apreendida com o acusado. A pena, portanto, resta definitiva em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Com a vedação de substituição por restritivas de direito do § 4º restou declarada inconstitucional pelo STF, e como o réu preenche os requisitos de artigo 44, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, quais sejam, prestação de serviço à comunidade, em local a ser indicado pelo juiz da execução, e prestação pecuniária, que fixo em um salário mínimo a ser entregue a uma entidade que trabalha com a recuperação de dependentes químicos, também a ser indicada pelo juízo da execução. Para o caso de conversão, fixo regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Aplico-lhe, outrossim a pena cominada ao tipo, a qual fixo em duzentos e cinquenta dias-multa, ante os vetores acima analisados à razão de um trigésimo de salário mínimo na data do fato, corrigido a partir de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

então, em virtude da condição econômica do réu.

Por sua vez, a Corte de origem, ao apreciar o recurso interposto pelo Ministério Público, assim se manifestou sobre o tema (e-STJ fls. 199/209):

Outrossim, quanto ao tráfico privilegiado, diante do quantitativo de drogas apreendido com o réu, como se verifica do fracionamento que poderia gerar, ou seja, 30,5 de crack, que, por sua natureza, poderia ser fracionada em até mais de 305 porções menores para venda (cada grama de crack pode render até 10 pedrinhas), e 24,6g de cocaína, que poderia ser fracionada em até mais de 100 porções (cada grama de cocaína pode render até mais de 4 porções), evidenciado o envolvimento do réu em tráfico organizado e de maior lesividade social, incabível a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33. § 4º, da Lei nº 11.343/06, que deve ser afastada.

Assim, resta a pena definitiva aumentada para 05 (cinco) anos de reclusão.

A pena pecuniária deve manter simetria com a pena privativa de liberdade aplicada, conforme estabelecido no tipo penal em apreço. Assim, aumento a pena pecuniária para 500 (quinhentos) dias-multa, na razão mínima já estabelecida na sentença.

Diante do novo quantitativo de pena carcerária, deve ser adequado o regime inicial para o semiaberto (§ 2º b, do art 33 do Código Penal).

Ao contrário do que entendeu o Tribunal de origem, o fato de o paciente ter sido encontrado na posse de 30,5 g (trinta gramas e cinco decigramas) de *crack*, e 24,6 g (vinte e quatro gramas e seis decigramas) de cocaína não autoriza a conclusão de que ele se dedicava à atividade criminosa.

Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa. Contudo, na espécie, entendo que a quantidade de entorpecente apreendida não se mostra suficiente para se concluir pela dedicação do paciente à atividade criminosa, à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, razão pela qual entendo que o paciente faz jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2 (metade), levando-se em conta a natureza do entorpecente.

A propósito, confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADOS SEM OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RESTABELECIMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA ESTABELECIDA NA SENTENÇA. REGIME PRISIONAL FECHADO E VEDAÇÃO À APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA DEFERIDOS, POIS PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...].

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- **Não há como manter a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, que afastou a figura do tráfico privilegiado sob a tese de que os pacientes dedicam-se às atividades criminosas pelo fato de não exercerem atividade lícita, pois estavam desempregados à época dos fatos. Ademais, a quantidade da droga apreendida (13 cápsulas de cocaína, pesando 9,9 gramas), apesar de nociva, não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação dos acusados às atividades ilícitas.**

- É de ser mantida a fração redutora de 1/2 aplicada pelo sentenciante, pois, no caso, a natureza da droga apreendida - cocaína - constitui critério idôneo para impedir a aplicação do redutor em sua fração máxima, mas a sua diminuta quantidade - 9,9g - revela a necessidade da manutenção da fração intermediária.

- 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.

- 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.

- Hipótese em que os pacientes são primários, condenados a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não superior a 4 anos de reclusão, com análise favorável das circunstâncias judiciais, razão pela qual fazem jus ao regime inicial aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição da pena corporal por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a sentença que fixou a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais. (HC 313.899/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016, grifei).

Passo, assim, à readequação da dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, mantendo os parâmetros adotados pelo magistrado singular.

Na primeira fase, mantenho a pena-base acima do mínimo legal – 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda etapa, permanece a redução em 6 (seis) meses pela atenuante da menoridade – art. 65, inciso I, do Código Penal.

Na terceira fase, ausentes outras causas modificadoras, aplico a fração de 1/2 (metade), nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tornando a reprimenda definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Reduzida a reprimenda definitiva para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, passo à análise do regime prisional.

O Pleno do eg. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o Julgador deverá observar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Nesse tear, diante dos parâmetros acima, dada a quantidade de pena aplicada e restabelecidos os fundamentos apresentados pelo magistrado sentenciante, fixa-se o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

À vista de tais pressupostos, não se conhece do *habeas corpus*.

Contudo, **concede-se a ordem, de ofício, apenas para reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2 (metade), e, assim, reduzir a reprimenda para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estipuladas pelo Juízo da Execução Penal.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator para acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0157797-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 359.788 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121200792570 02467292420128210001 121200792570 2467292420128210001
70054588694

EM MESA

JULGADO: 18/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ADRIANO DE LIMA FRANCA

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, por maioria, a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, que lavrará o acórdão. Vencidos o Sr. Ministro Relator e a Sra. Ministra e Maria Thereza de Assis Moura.

Votaram com o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.