



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 454.252 - SP (2018/0141327-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIO HENRIQUE ESPOSTO - SP305497
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA CRISTINA DA SILVA BARBOSA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DA AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES SOPESADAS NAS DUAS ETAPAS. SANÇÃO BÁSICA REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL E MINORANTE APLICADA EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. QUANTIA, ESPÉCIE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.
2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.
3. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
4. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que denotem que a paciente se dedique ao tráfico ou que integre organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a quantidade das drogas apreendidas, *in casu*, não é suficiente para, por si só, impedir a concessão de benefício, cabendo, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/6, de acordo com o art. 42 da referida lei.
5. No caso, o Tribunal de origem, atento às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, sopesou a quantidade, a natureza e a variedade dos entorpecentes apreendidos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(314,4g de cocaína, 144,1g maconha e 10 frascos de lança-perfume) para elevar a pena-base em 10 meses acima do mínimo legal, o que não se mostra desproporcional. No entanto, a fim de se evitar a dupla valoração dos mesmos fatos no agravamento da pena da paciente, como decidido, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), a sanção básica deve ser fixada no mínimo legal (5 anos de reclusão), aferindo-se a quantidade e a variedade dos entorpecentes apenas na terceira fase do cálculo penal.

6. Embora a paciente seja primária e pena tenha sido estabelecida em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o art. 33 do Código Penal.

7. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal e aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/6, redimensionando a sanção final para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 485 dias-multa, mantido o regime fechado.

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), 11 de setembro de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 454.252 - SP (2018/0141327-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIO HENRIQUE ESPOSTO - SP305497
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA CRISTINA DA SILVA 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 **ANA CRISTINA DA SILVA BARBOSA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 5 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 566 dias-multa, como incursa no art. 33, *caput* e § 4º, c.c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e acolheu o da acusação para afastar a incidência do redutor do tráfico privilegiado, redimensionando a sanção para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão mais pagamento de 680 dias-multa, mantido o modo prisional mais gravoso.

Neste *writ*, alega o impetrante ser inidônea a exasperação da pena-base com amparo na quantidade e na natureza dos entorpecentes, uma vez que são dados inerentes ao próprio tipo penal.

Aduz que a paciente tem direito ao reconhecimento do tráfico privilegiado, porque não foram apontados elementos idôneos que indiquem sua habitualidade delitiva, e sobretudo porque é primária e de bons antecedentes.

Salienta ser cabível o regime mais brando e a aplicação da permuta legal, nos termos dos arts. 33 e 41 do Código Penal e Súmulas 718 e 719 do STF.

Requer, assim, a redução da pena-base, a aplicação da minorante no grau máximo, o estabelecimento do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 49).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 56-57 e 86).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 91-105).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 454.252 - SP (2018/0141327-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIO HENRIQUE ESPOSTO - SP305497
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA CRISTINA DA SILVA BARBOSA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DA AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES SOPESADAS NAS DUAS ETAPAS. SANÇÃO BÁSICA REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL E MINORANTE APLICADA EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. QUANTIA, ESPÉCIE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

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

3. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

4. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que denotem que a paciente se dedique ao tráfico ou que integre organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a quantidade das drogas apreendidas, *in casu*, não é suficiente para, por si só, impedir a concessão de benefício, cabendo, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/6, de acordo com o art. 42 da referida lei.

5. No caso, o Tribunal de origem, atento às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, sopesou a quantidade, a natureza e a variedade dos entorpecentes apreendidos (314,4g de cocaína, 144,1g maconha e 10 frascos de lança-perfume) para elevar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base em 10 meses acima do mínimo legal, o que não se mostra desproporcional. No entanto, a fim de se evitar a dupla valoração dos mesmos fatos no agravamento da pena da paciente, como decidido, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), a sanção básica deve ser fixada no mínimo legal (5 anos de reclusão), aferindo-se a quantidade e a variedade dos entorpecentes apenas na terceira fase do cálculo penal.

6. Embora a paciente seja primária e pena tenha sido estabelecida em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o art. 33 do Código Penal.

7. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal e aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/6, redimensionando a sanção final para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 485 dias-multa, mantido o regime fechado.

VOTO

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

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

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A Corte de origem, ao acolher o recurso da acusação, procedeu da seguinte forma no cálculo penal:

"As penas, conquanto dosadas e fundamentadas consoante o critério trifásico, merecem reparo, devendo ser acolhido, nesta parte, o inconformismo Ministerial, com o afastamento da causa de diminuição a pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, sendo mais adequada ao caso em apreço a dosimetria seguinte:

a) estando-se atento ao quanto disposto no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/06, as penas-base foram adequadamente fixadas 1/6 acima do mínimo, em 05 anos e 10 meses de reclusão e em 583 dias-multa. Justificou-se o *quantum*, em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis;

As circunstâncias e consequências foram especialmente gravosas, mormente ante a variedade de droga apreendida, sua quantidade (68 porções de 'maconha', 266 de cocaína e 10 frascos de 'lança-perfume'), a revelar a intensidade do comércio espúrio. (fls. 160).

b) mantêm-se inalteradas as penas em razão da ausência de circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravantes ou atenuantes;

c) por derradeiro, elevam-se os subtotais obtidos na fase anterior, ante a presença da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06, adotada a fração mínima de 1/6.

Devem as penas ser elevadas de um sexto a dois terços sempre que estiver demonstrado que o tráfico de entorpecentes está sendo realizado envolvendo ou visando a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação.

Deve ser afastada, de outra feita, a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, como almeja a acusação.

As reprimendas foram benevolmente reduzidas de 1/6, em virtude da indevida aplicação pelo Juízo de Primeiro Grau *a quo* do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

O fato de a apreensão ser concernente a elevada quantidade de substância estupefaciente (68 porções de maconha 266 porções de cocaína, e 10 frascos de lança-perfume) ilegalmente transportada afasta a possibilidade de incidência da redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, uma vez ser indicativa de que a acusada se dedicava a atividade criminosa.

A quantidade de substância ilícita apreendida era, com efeito, particularmente expressiva; a sentenciada, ao que se verifica dos autos, era ajudante de cozinha. Considerando-se conjuntamente essas duas variáveis, não tinha ela, portanto, ao menos até prova em contrário, capacidade econômica suficiente para sequer adquirir por seus próprios meios o entorpecente apreendido, o que denota sua dedicação habitual a atividades criminosas, e comprova o não cumprimento de requisito legalmente previsto para a concessão da causa de diminuição.

Pondere-se, ainda, que o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 determina que, na dosimetria da pena, sejam sempre considerados tanto a natureza e a quantidade da entorpecente, quanto a personalidade e a conduta social do agente.

A incidência do primeiro fator mencionado, de ordem qualitativa e quantitativa, não só pode, como deve, ocorrer tanto na primeira fase do cálculo da pena, como também cumulativamente na terceira, na qual será fixado o percentual de eventual redução, na hipótese de estarem presentes os requisitos do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal.

Assim, ainda que a pena-base já tenha sido majorada com lastro na espécie e na quantidade do tóxico apreendido, poderá perfeitamente o Magistrado, com base no mesmo fundamento, deixar de aplicar o redutor em seu máximo, e estabelece-lo em patamar mínimo ou intermediário, sem que tal proceder implique em bis in idem; isso porque referido elemento qualitativo e quantitativo será necessariamente apreciado em cada fase do cálculo sob perspectivas completamente distintas.

Na primeira fase, a natureza e a quantidade da substância apreendida devem ser consideradas, com efeito, enquanto parâmetros para a constatação da intensidade de lesão à saúde pública; na terceira, enquanto fator de aferição do grau de envolvimento do réu com a criminalidade organizada ou de sua devoção à atividade criminosa.

Chega-se a um total final de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e de 680 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, que se torna definitivo, na ausência de circunstâncias modificadoras outras" (e-STJ, fls. 33-36).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Adotado o sistema trifásico pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Tratando-se de condenado por delitos previstos na Lei de Drogas, o art. 42 da referida norma estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, o Tribunal de origem, atento às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade, a natureza e a variedade dos entorpecentes apreendidos - 266 pinos de cocaína (314,4g), 68 porções de maconha (144,1g) e 10 frascos de lança-perfume - para elevar a pena-base em 10 meses acima do mínimo legal, conforme autoriza a jurisprudência desta Corte Superior (AgRg no AREsp 1.005.975/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 4/5/2017, DJe 17/5/2017; HC 365.463/MG, Minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 30/8/2017).

Segundo se observa, tais vetores, também, foram sopesados na terceira fase do cálculo penal, para se concluir pela habitualidade delitiva da paciente. Contudo, em que pese tais argumentos sejam idôneos para se afastar a causa de redução da pena, certificada a primariedade da paciente e seus bons antecedentes, o *quantum* de droga apreendido, *in casu*, não é suficiente para se inferir a sua dedicação ao comércio ilícito de entorpecentes.

Dessa forma, a fim de se evitar a dupla valoração dos mesmos fatos no agravamento da pena da paciente, como decidido, **em sede de repercussão geral**, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), estabeleço a sanção básica no mínimo legal (5 anos de reclusão) e considero a quantidade e variedade dos entorpecentes encontrados **apenas** na terceira fase do cálculo penal, para fixar o patamar de redução em 1/6, de acordo com os vetores do art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

"[...]"

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA DE INCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. 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*, as instâncias de origem afastaram a aplicação do benefício



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em razão das circunstâncias do caso concreto, como forma de indicar a prática habitual da atividade criminosa. Entretanto, a quantidade da referida droga não é relevante, impondo a sua incidência.

4. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 1/6 (um sexto).

[...]

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e multa."

(HC 366.232/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 9/5/2017, DJe 17/5/2017);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS - 16 GRAMAS DE CRACK, 21,7 GRAMAS DE COCAÍNA E 111 GRAMAS DE MACONHA -. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. [...] *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A jurisprudência deste Tribunal Superior, firmou-se no sentido de que, na escolha do *quantum* de redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06). No caso dos autos, não se mostra desarrazoada a aplicação do *quantum* de redução no patamar de 1/6 (um sexto), tendo em vista a natureza e a quantidade das drogas apreendidas. 3. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

4. Embora primária e com pena-base fixada no mínimo legal, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 16 gramas de "cocaína" em forma de 'crack', 21,7 gramas de 'cocaína' e 111 gramas de *Cannabis sativa* L ('maconha') -, utilizadas na terceira fase da dosimetria, para modular a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a segregação inicial em regime mais gravoso.

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 389.807/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017).

Passo, assim, a readequação da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A pena-base parte do mínimo legal - 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa, pelas razões acima referenciadas, a qual mantenho na etapa intermediária, diante da ausência de agravantes e de atenuantes. Na última fase, elevo-a em 1/6, pela causa de aumento do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 e, reconhecida a minorante do art. 33, § 4º, da citada norma, reduzo-a no índice de 1/6, resultando a sanção definitiva em **4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão mais o pagamento de 485 dias-multa**, ante a inexistência de outras causas de aumento e diminuição de pena.

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, o pedido não merece acolhimento.

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.

Portanto, embora a paciente seja primária e pena tenha sido estabelecida em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas - 266 pinos de cocaína (314,4g), 68 porções de maconha (144,1g) e 10 frascos de lança-perfume - justificaram a imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

A propósito:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes.

III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 386.827/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 23/5/2017);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. QUANTIDADE DE DROGAS, CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E PROCESSOS EM ANDAMENTO. DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS JUSTIFICA FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. A propósito, o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." No mesmo sentido são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada"; "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." No caso dos autos, apesar das circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, de a pena aplicada ser superior a 4 e inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, alínea "b", do CP), a quantidade de entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial fechado no caso em análise, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma. Inaplicáveis os enunciados n. 440 da Súmula do STJ e n. 718 e 719 da Súmula do STF.

4. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP).

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 383.435/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 27/3/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, estabelecido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal e aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/6, redimensionando a sanção final para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 485 dias-multa, mantido o regime fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0141327-1

HC 454.252 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00248164220158260577 11842015 20160000888596 248164220158260577

EM MESA

JULGADO: 11/09/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FABIO HENRIQUE ESPOSTO - SP305497
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANA CRISTINA DA SILVA BARBOSA (PRESO)

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.