



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 515.301 - SP (2019/0167733-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**AGRAVANTE** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : KELVIN AZEVEDO MACEDO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES - SP347855  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ENVOLVIMENTO DE MENOR QUE NÃO INDICA A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA E DO REGIME PRISIONAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. 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.

2. Hipótese em que a simples participação da menor na empreitada criminosa, e o *quantum* de entorpecentes apreendido não são suficientes para se inferir a habitualidade delitiva do paciente no tráfico de drogas, máxime quando certificado nos autos que é primário e de bons antecedentes. Aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo devida.

3. Estabelecida a pena em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o suficiente e adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º, do Código Penal.

4. Agravo regimental não provido.

### 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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 13 de agosto de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 515.301 - SP (2019/0167733-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**AGRAVANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO** : **KELVIN AZEVEDO MACEDO**  
**ADVOGADOS** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
: **GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES - SP347855**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra decisão na qual não conheci do *habeas corpus*, interposto em favor de Kelvin Azevedo Macedo, mas concedi a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, redimensionando a sanção final para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, e substitui a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ, fls. 307-311).

Alega o agravante que, diferentemente do decido, há sim elementos suficientes para denotar a dedicação do agravado ao tráfico de entorpecentes, tanto por não ser ínfima a quantia de entorpecente apreendido, quanto por ter envolvido menor na prática delitiva.

Requer, assim, a retração da decisão agravada ou a submissão do feito ao colegiado para manter a pena e o regime impostos na origem.

**É o relatório.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 515.301 - SP (2019/0167733-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**AGRAVANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO** : **KELVIN AZEVEDO MACEDO**  
**ADVOGADOS** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
: **GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES - SP347855**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### **EMENTA**

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ENVOLVIMENTO DE MENOR QUE NÃO INDICA A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA E DO REGIME PRISIONAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. 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.

2. Hipótese em que a simples participação da menor na empreitada criminosa, e o *quantum* de entorpecentes apreendido não são suficientes para se inferir a habitualidade delitiva do paciente no tráfico de drogas, máxime quando certificado nos autos que é primário e de bons antecedentes. Aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo devida.

3. Estabelecida a pena em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o suficiente e adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º, do Código Penal.

4. Agravo regimental não provido.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### VOTO

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

O agravo não merece prosperar.

A decisão recorrida, a seguir transcrita, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos:

"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 dar provimento ao apelo ministerial, afastou a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com base nos seguintes fundamentos:

'O réu não faz jus à causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, haja vista a expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas em seu poder, consistentes em maconha e cocaína.

Ademais, o réu praticava o delito juntamente com o menor, o que traz maior reprovabilidade à sua conduta (e-STJ, fls. 265-266).

Inicialmente, convém destacar que 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 percutiente 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.

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 integrem organizações criminosas.

O legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores têm decidido que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

No caso, observa-se que a instância antecedente afastou a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que a quantidade e a variedade dos entorpecentes - 14 porções de maconha (153,9g) e 7 invólucros de cocaína (2,5g) -, associadas ao envolvimento de menor no fato criminoso, denotam ser o acusado contumaz na prática delitiva.

Da análise atenta dos autos, sobretudo das circunstâncias da prisão em flagrante (e-STJ, fls. 263-265), verifica-se que não há elementos suficientes que possam evidenciar a habitualidade delitiva do paciente no tráfico de drogas pela participação da menor na empreitada criminosa, tampouco o *quantum* de entorpecentes apreendido é considerável para afastar a causa de especial de diminuição da Lei Drogas, máxime quando certificado nos autos que o agente é primário e de bons antecedentes.

Desse modo, à míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do acusado à atividade criminosa, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

Confirmam-se os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

'REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação da reprimenda, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Ainda que o *crack* tenha um alto poder de lesividade, a inexpressiva quantidade de tóxicos apreendidos, aliados à favorabilidade das outras circunstâncias judiciais, recomenda a aplicação da causa de diminuição em seu grau máximo, ou seja, 2/3 (dois terços).

3. Agravo regimental desprovido.'

(AgRg no AREsp 1044533/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017);

'HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. As instâncias de origem não lograram fundamentar de maneira idônea o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não declinaram elementos concretos dos autos aptos a demonstrar a efetiva dedicação do paciente às atividades criminosas ou a sua



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

participação em organização criminosa. Imperiosa, pois, a aplicação da minorante no *quantum* de 2/3, redimensionando-se a pena para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar máximo, sendo a reprimenda final inferior a 4 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

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

(HC 395.574/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 14/8/2017).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

Fica a pena-base estabelecida em 5 anos de reclusão por inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, a qual fica mantida na segunda fase, em razão da ausência de atenuantes ou agravantes. Na última etapa, pela incidência das majorantes do art. 40, III e VI, elevo a sanção em 1/6 e, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diminuo-a em 2/3, resultando definitiva em **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais 194 dias-multa**.

Quanto ao regime prisional, deve ser alterado para o modo aberto.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos 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 condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Estabelecida a pena em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o **regime aberto** é o suficiente e adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

**'HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. 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, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. *In casu*, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.

3. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Na hipótese, constata-se que, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação da substituição da pena por restritiva de direitos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.

*Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena.'

(HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, 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:

[...]

3. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Com base no 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.

5. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão que julgou a apelação, referiu-se apenas à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem à 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.

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

(HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais 194 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

Publique-se. Intimem-se. " (e-STJ, fls. 318-323).

Com efeito, como bem ressaltado no *decisum* combatido, não foram apresentados pela Corte de origem elementos concretos que denotem a contumácia do acusado no comércio espúrio pela participação da menor na empreitada criminoso. Do mesmo modo, considerada a sua primariedade e seus bons antecedentes, entende-se que a quantia de entorpecente apreendida - 14 porções de maconha (153,9g) e 7 invólucros de cocaína (2,5g) - não se mostra elevada o suficiente para justificar o afastamento da redutora do tráfico privilegiado, impondo-se a aplicação do benefício no grau máximo e a readequação do regime prisional.

Nesse sentido:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. PARTICIPAÇÃO QUE NÃO DENOTA HABITUALIDADE DELITIVA DO RÉU. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DA SUBSTÂNCIA. APLICAÇÃO DO ÍNDICE EM 2/3. MAJORANTES DO ART. 40, III E VI, DA LEI N. 11.343/2006. FIXAÇÃO DE ÍNDICE DE AUMENTO EM 1/3. ANALOGIA À SÚMULA 443 DO STJ. READEQUAÇÃO À FRAÇÃO MÍNIMA (1/6). REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. 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. 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.

3. Hipótese em que o envolvimento da menor não evidenciou a habitualidade delitiva do agente e, considerando sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal (2/3), sobretudo quando não expressivo o montante de entorpecentes apreendido. Precedentes.

[...]

6. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano, 11 meses e 10 dias 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.

7. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau máximo, e reduzir a fração das causas de aumento do art. 40 da Lei de Drogas para 1/6, redimensionando a pena da paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais 194 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

(HC 510.095/SP, Minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 18/6/2019, DJe 25/6/2019);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIABILIDADE. A PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS PERMITE O PROPORCIONAL AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA APLICADA. REPRIMENDA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. POUCA QUANTIDADE DE DROGA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. CABIMENTO.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- 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.

- Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- O caso tratou de pequena quantidade de entorpecentes e, em decorrência, e em respeito à proporcionalidade, a fração redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deve ser alterada para 2/3, alcançando as penas, em decorrência, o montante de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Precedentes.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, para reduzir as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 166 dias-multa, permitida a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Tribunal local, ante a ausência de trânsito em julgado definitivo, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 412.002/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 16/10/2017).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo.  
É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0167733-8

**AgRg no**  
**HC 515.301 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00748589020168260050 170316 20190000436601 21848258920168260000 34032016  
748589020168260050

EM MESA

JULGADO: 13/08/2019

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES - SP347855  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : KELVIN AZEVEDO MACEDO (PRESO)

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

#### **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : KELVIN AZEVEDO MACEDO  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES - SP347855  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

#### **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, negou provimento ao agravo regimental."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.