



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 513.245 - SP (2019/0158158-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **MARCOS KAUE ROCHA SILVA**
ADVOGADO : **MARCOS KAUE ROCHA DA SILVA - SP420668**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **CAIO GABRIEL DA SILVA LARA (PRESO)**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/3. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE ENTORPECENTE. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS EM PATAMAR SUPERIOR A 1/6. MOTIVAÇÃO CONCRETA. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

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. Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese em que, embora o Tribunal *a quo* tenha se valido da quantidade e da natureza da droga para fixar o patamar de redução em 1/3, à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente e considerando a 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, sobretudo quando não expressiva a quantia dos entorpecentes apreendidos - 30 porções de *crack* (12g). Precedentes.

5. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima, como ocorreu na hipótese. No entanto, mostra-se desproporcional a elevação em 2/3, sendo suficiente o aumento em 1/3.

6. Aplicada a pena final em 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, verificada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 alterar a fração da causa aumento do art. 40, II, da referida norma para 1/3, redimensionando a pena do paciente para 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 221 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.

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, 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

HABEAS CORPUS Nº 513.245 - SP (2019/0158158-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **MARCOS KAUE ROCHA SILVA**
ADVOGADO : **MARCOS KAUE ROCHA DA SILVA - SP420668**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **CAIO GABRIEL DA SILVA LARA (PRESO)**

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **CAIO GABRIEL DA SILVA LARA**, 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 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, mais pagamento de 194 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, c.c o 40, III, da Lei n. 11.343/2006, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial para afastar o redutor especial da Lei de Drogas e exasperar a fração da causa de aumento, redimensionando a sanção final para 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais pagamento de 555 dias-multa. Excluída, ainda, a permuta legal e fixado regime inicial fechado para o cumprimento da pena reclusiva.

Neste *writ*, alega o impetrante que a ínfima quantidade de entorpecente não é fundamento suficiente para negar a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Aduz que o regime mais gravoso foi estabelecido com amparo na gravidade abstrata e na hediondez do delito, em contrariedade às Súmulas 440 do STJ, 718 e 719 do STF.

Requer, assim, o reconhecimento do tráfico privilegiado e a fixação do regime aberto.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 295-296).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, para o redutor incidir na fração de 2/3, readequando-se o modo prisional (e-STJ, fls. 300-302)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 513.245 - SP (2019/0158158-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **MARCOS KAUE ROCHA SILVA**
ADVOGADO : **MARCOS KAUE ROCHA DA SILVA - SP420668**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **CAIO GABRIEL DA SILVA LARA (PRESO)**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/3. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE ENTORPECENTE. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS EM PATAMAR SUPERIOR A 1/6. MOTIVAÇÃO CONCRETA. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

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. Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese em que, embora o Tribunal *a quo* tenha se valido da quantidade e da natureza da droga para fixar o patamar de redução em 1/3, à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente e considerando a 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, sobretudo quando não expressiva a quantia dos entorpecentes apreendidos - 30 porções de *crack* (12g). Precedentes.

5. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima, como ocorreu na hipótese. No entanto, mostra-se desproporcional a elevação em 2/3, sendo suficiente o aumento em 1/3.

6. Aplicada a pena final em 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 alterar a fração da causa aumento do art. 40, II, da referida norma para 1/3, redimensionando a pena do paciente para 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 221 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

O Tribunal *a quo*, ao dar provimento ao apelo da acusação, redimensionou a sanção, em decisão assim motivada:

"A juíza *a quo* aplicou a pena na sentença, condenando o apelado à pena-base de 05 anos de reclusão e ao pagamento do montante equivalente a 500 dias-multa, no valor mínimo legal.

Com o devido respeito à argumentação oferecida pela d. representante do Ministério Público, pode-se concluir que a pena-base estabelecida para o recorrido revela-se adequada e suficiente a atender plenamente à sua finalidade, não havendo necessidade de aumento.

A quantidade da substância entorpecente apreendida não se mostra excessiva a ponto de justificar exasperação da pena. Ainda, a natureza da droga, qual seja, *crack*, por si só, deve ser analisada na última fase da dosimetria da pena, para fim de incidência ou não do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Dessa forma, não há que se falar em majoração da pena-base.

Em face do disposto no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, a pena foi majorada em 1/6, perfazendo 05 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento do montante equivalente a 583 dias-multa, no valor mínimo legal.

Razão assiste à d. Promotora de Justiça quanto à majoração da fração de aumento da pena, pois, conforme se depreende do laudo pericial de fls. 144/146, o crime não apenas foi praticado cerca de 90 metros de escola, como foi praticado em frente à duas Igrejas e cerca de 60 metros de unidade básica de saúde, sendo, portanto, mais gravoso, uma vez que tem capacidade de atingir incontáveis crianças e adolescentes, razão pela qual majoro a pena na fração de 2/3, atingindo o patamar de 08 anos e 04 meses de reclusão e ao pagamento do montante equivalente a 833 dias-multa, no valor mínimo legal.

A magistrada aplicou o redutor da pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração de 2/3.

Nota-se que as razões do apelo ministerial merecem parcial acolhimento neste quesito, visto que se deve aplicar a redução da pena, contudo, na fração de 1/3.

Importante consignar que foram apreendidas trinta porções de *crack*, com peso total de 12 gramas.

O entendimento desta Colenda Câmara é de que em casos de apreensão de substâncias entorpecentes como o *crack*, o limite para a aplicação do referido benefício é de 25 gramas, no total.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que no caso em tela, a soma das substâncias totalizou 12 gramas, razão pela qual é permitida a aplicação do redutor na fração de 1/3. Desta feita, aplico o redutor da pena na referida fração, restando a pena definitiva em 05 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão, bem como ao pagamento de 555 dias-multa, no valor mínimo legal" (e-STJ, fls. 257-258).

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.

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.

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 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, 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).

In casu, o Tribunal de origem estabeleceu o patamar de redução da pena em 1/3, diante da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido - 30 porções de *crack* (12g).

Entretanto, a míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do paciente à atividade criminosa, e considerando a primariedade e seus bons antecedentes, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo por não ser expressiva a quantidade de droga apreendida.

A propósito:

"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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no AREsp 1.044.533/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017);

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A DEMONSTRAR QUE A PACIENTE NÃO SEJA PEQUENA TRAFICANTE. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO.

1. 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 a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese dos autos, a Corte *a quo*, embora tenha reconhecido a primariedade da paciente, a ausência de maus antecedentes e evidências de que integrasse organização criminosa, reformou a sentença, aplicando o supracitado redutor na fração mínima, com base na quantidade da droga apreendida, concluindo não se tratar de pequeno traficante. Contudo, a quantidade de entorpecente apreendida, 17 porções de cocaína, não se mostra suficiente para se chegar a tal conclusão, à míngua de elementos concretos.

[...]

5. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC 381.399/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 8/5/2017).

Cabe destacar, também, que, embora não tenha sido suscitado pela defesa, observa-se flagrante ilegalidade na fração aplicada para majorante, apta a autorizar a atuação desta Corte, de ofício.

Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima (HC 250.455/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 5/2/2016).

Na hipótese, a instância antecedente fundamentou concretamente o aumento da pena na terceira fase da dosimetria, quando ressaltou a maior reprovabilidade da conduta do acusado, em razão de ter traficado próximo a uma escola, duas igrejas e uma unidade básica de saúde.

No entanto, embora o Tribunal *a quo* tenha apresentado motivação válida, mostra-se desproporcional o aumento em 2/3, sendo suficiente o incremento na fração de 1/3.

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

A pena-base foi estabelecida em 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa, a qual se manteve inalterada, na fase intermediária, diante da ausência de atenuantes ou agravantes. Na última etapa, pela incidência da majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas, elevo-a em 1/3 e, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da referida norma, diminuo-a em 2/3, resultando definitiva em **2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 221 dias-multa**.

Quanto ao regime prisional, assiste razão ao impetrante.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 2 anos, 2 meses e 20 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 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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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.

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 e alterar a fração da causa aumento do art. 40, II, da referida norma para 1/3, redimensionando a pena do paciente para 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 221 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.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0158158-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 513.245 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00008853820158260101 00008853820178260545 20180000898449 48402017
8853820158260101 8853820178260545

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 : MARCOS KAUE ROCHA SILVA
ADVOGADO : MARCOS KAUE ROCHA DA SILVA - SP420668
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAIO GABRIEL DA SILVA LARA (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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.