



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.555 - SP (2016/0244547-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : AMANDA GRAZIELLI CASSIANO DIAZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO INACIO DA SILVA SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO NO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*.

2. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/2, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no patamar intermediário, sendo possível a aplicação da minorante na fração máxima.

3. Aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 ano e 8 meses 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.

4. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, de ofício, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de outubro de 2017(Data do julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.555 - SP (2016/0244547-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : AMANDA GRAZIELLI CASSIANO DIAZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO INACIO DA SILVA SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RODRIGO INACIO DA SILVA SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 0024813-19.2014.8.26.0320).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 500 dias multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. Eis o teor do *decisum*, no que pertinente:

(...)

Na dosagem da pena, atento aos critérios norteadores do art. 59 do Código Penal, verifico que as **circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu, ficando fixada no mínimo legal**, ou seja, em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, o unitário no mínimo legal. **O regime inicial para o cumprimento das penas deve ser o fechado, tendo em vista as recomendações da Lei nº 8.072/90, já que se trata de delito hediondo.** E deverá estar preso para apelar, pois não se concede o direito de apelar em liberdade para quem já se encontrava preso cautelarmente, não se perdendo de vista também os preceitos contidos na Lei nº 8.072/90, devendo ser preservada a ordem pública. Desde já deve ser repelida a faculdade prevista no § 4º do art. 33 da atual Lei nº. 11.343/06, pois se trata de réu que trazia mais de uma espécie de tóxicos, sendo subjetiva a concessão do benefício, destinado ao traficante de míseras gramas, que o faz para sustentar seu vício. Ante o exposto e diante de tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a presente ação penal nº 2.072/14 e CONDENO Rodrigo Ignácio da Silva Santos, qualificado a fl. 12, a pena de cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, o unitário no mínimo legal, sob o regime inicial fechado, dando-o como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/76.

(...) (fls. 15/16) (grifou-se).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça estadual deu parcial provimento, **a fim de reduzir a pena do réu para 2 anos e 6 meses de reclusão, mais o pagamento de 250 dias-multa, mantido o regime inicial fechado e os demais termos da sentença.** O aresto encontra-se assim fundamentado:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso específico dos autos, os elementos indiciários apurados, tais como a diligência realizada pelos policiais militares em local conhecido como ponto de tráfico, a quantidade (incompatível com aquela normalmente ostentada por um singelo usuário), a variedade (crack e maconha) e a maneira de acondicionamento da droga (56 porções individualizadas e prontas para a distribuição), estão a indicar, de maneira insofismável, que se destinava todo o entorpecente à narcotraficância.

Portanto, a condenação era mesmo imperativa e foi muito bem decretada.

Entrementes, comporta a do simetria breve modificação.

Foi a pena de partida acertadamente fixada no mínimo legal, ante a ausência de antecedentes criminais documentalmente comprovados nos autos.

Ao depois, na segunda etapa, inexistiram circunstâncias atenuantes e agravantes que devessem ser consideradas.

Na terceira e derradeira fase, forçoso o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto preenchidos os requisitos legais, aplicando-se, porém, o percentual de redução de 1/2 (metade).

Isto porque, a quantidade de droga apreendida (7,28g de crack e 56,46g de maconha - peso líquido), conforme entendimento pacífico desta Colenda 14ª Câmara Criminal, se não é elevada a ponto de inviabilizar o redutor, também não é ínfima de modo a autorizar a redução máxima de 2/3 (dois terços).

Mostra-se, por isso mesmo, mais apropriada a redução no patamar acima mencionado.

Além do mais, não ficou efetivamente delineado nos autos, prova, aliás, que cabia exclusivamente à acusação, que o referido apelante estivesse envolvido com alguma organização criminosa ou que desempenhasse atividade criminosa, fatores estes que impediriam a concessão do citado benefício.

Diante disso e ausentes outras causas modificadoras aplicáveis, fixo a pena do apelante, definitivamente, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

O regime de cumprimento de pena, por seu turno, foi estipulado com correção.

A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em seu artigo 2º, § 1º, que as penas relativas aos crimes previstos no caput deste artigo — entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes — serão cumpridas inicialmente em regime fechado, como acertadamente estabeleceu o nobre magistrado sentenciante.

Não se desconhece, é bem verdade, que o plenário do Pretório Excelso, no julgamento do Habeas Corpus nº 111.840/ES, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007.

Entretanto, como é notório, dito julgamento não tem efeito *erga omnes*, razão pela qual sua aplicação não é imediata e automática.

E isso é, ao revés do que possa parecer, nitidamente salutar, pois evita a estagnação da produção intelectual em primeira e segunda instâncias,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permitindo a criação e evolução jurídica no país.

Convém rememorar, além do mais, que a conduta efetivamente perpetrada pelo acusado não pode ser tida como de menor desvalor ou de reduzida lesividade social, compatível com o cumprimento de pena no regime intermediário ou no mais benéfico, haja vista que em ambos os casos teria ele a possibilidade de convívio social imediato (regime aberto) ou esporádico (semiaberto, com as saídas temporárias), para o que, à evidência, não está apto, mercê da nocividade indiscutível do crime que cometeu.

Também não se pode perder de vista que o apelante, de maneira ousada, destemida e irresponsável, traficava drogas em cidade pacata do interior paulista e em plena luz do dia, colocando em risco toda a população de uma comunidade inteira, especialmente a mais jovem e indefesa.

Sua conduta, como nitidamente se vê, revelou periculosidade concreta e efetiva, pois geradora de desassossego e intranquilidade social latente, tudo de modo a justificar o regime inicial de cumprimento de mais rigoroso.

Assim, afigura-se totalmente inviável a imposição de regime inicial diverso do fechado, nos casos em que o agente é processado e condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sobretudo nas condições como as observadas nestes autos.

Inconcebível, pelos mesmos motivos, mercê da periculosidade real anteriormente assinalada, a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Como se já não fosse o bastante, punir o traficante, mesmo que eventual ou de pequeno porte, com penas restritivas de direitos, macula o sistema preventivo e repressivo do nosso direito positivo, sobretudo pela periculosidade social presumida decorrente de tais crimes, incompatíveis, até mesmo e como já sublinhando, com o cumprimento da pena em regime diferente do fechado.

Inaplicável, no caso, o artigo 387, § 2º, do Diploma Processual Penal, porquanto inexistentes nos autos quaisquer informações hábeis a respaldar não só a real situação processual do acusado, como um todo, mas, também, o requisito subjetivo indispensável à estipulação de regime diverso do ora imposto, já que se trata, ainda que de maneira oblíqua, de verdadeira e inoportuna progressão.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao apelo, a fim de reduzir a pena de RODRIGO IGNÁCIO DA SILVA SANTOS para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantida, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos (fls. 32/37).

No presente *mandamus*, a impetrante postula, em suma: a) a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo; e b) a fixação do regime aberto para início do desconto da pena.

Sustenta que a quantidade de entorpecente apreendido não indica envolvimento do increpado com o tráfico. Ademais, entende que tal circunstância deveria ser considerada na fixação da pena-base e não para sopesar o *quantum* de diminuição a ser operado na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terceira fase da dosimetria. Lembra, outrossim, que a pena básica restou fixada no mínimo legal.

Pondera que a quantidade de pena e a fixação da pena-base no mínimo legal, aliadas à primariedade do paciente, justificam a imposição do regime aberto para início do desconto da pena, na forma preconizada pelo art. 33, §2º, alínea "c", do Código Penal. Aduz, ainda, que não haveria fundamentação idônea a amparar a fixação do regime inicial mais gravoso, a atrair a incidência das Súmulas 719 do STF e 440 do STJ.

Ao final, pede, liminarmente, possa o paciente aguardar o julgamento do presente *writ* em liberdade ou, ao menos, cumprindo pena em regime aberto.

No mérito, pugna pela aplicação da minorante em seu patamar máximo e pela fixação do regime inicial menos gravoso.

Estes autos foram distribuídos por prevenção de turma do HC n.º 318.167/SP, impetrado em favor do ora paciente, no qual se discutiam aspectos inerentes à prisão preventiva. Em decisão da lavra do Ministro Ericson Marinho, o *writ* foi indeferido liminarmente, em virtude da aplicação do verbete sumular n.º 691 do STF.

A liminar foi indeferida às fls. 247/250.

Foram prestadas informações às fls. 52/133, 139/244, 257/278, 295/367, 374/376, 378/482 e 490/491.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Alcides Martins, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 281/288).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.555 - SP (2016/0244547-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO NO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*.

2. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/2, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no patamar intermediário, sendo possível a aplicação da minorante na fração máxima.

3. Aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 ano e 8 meses 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.

4. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, de ofício, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Insurge-se a presente impetração contra a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar inferior ao máximo.

Cumpre salientar, preliminarmente, que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não é a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que idelologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc." (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198).

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Motivação da sentença condenatória e o *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. *Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Coord. Marcellus Polastri Lima et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222).

Para melhor deslinde da questão, cumpre transcrever excerto do aresto guerreado:

Na terceira e derradeira fase, forçoso o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto preenchidos os requisitos legais, aplicando-se, porém, o percentual de redução de 1/2 (metade).

Isto porque, a quantidade de droga apreendida (7,28g de crack e 56,46g de maconha - peso líquido), conforme entendimento pacífico desta Colenda 14ª Câmara Criminal, se não é elevada a ponto de inviabilizar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redutor, também não é ínfima de modo a autorizar a redução máxima de 2/3 (dois terços).

Mostra-se, por isso mesmo, mais apropriada a redução no patamar acima mencionado.

Além do mais, não ficou efetivamente delineado nos autos, prova, aliás, que cabia exclusivamente à acusação, que o referido apelante estivesse envolvido com alguma organização criminosa ou que desempenhasse atividade criminosa, fatores estes que impediriam a concessão do citado benefício.

Diante disso e ausentes outras causas modificadoras aplicáveis, fixo a pena do apelante, definitivamente, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (fls. 33/34) (grifou-se).

Mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

In casu, verifica-se que a Corte de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/2, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no patamar intermediário.

Malgrado seja legítimo invocar a natureza, a quantidade, e a variedade das drogas para eleição do *quantum* de incidência da benesse em testilha, com fulcro no art. 42 da Lei Antidrogas, na espécie, embora a empreitada criminosa tenha envolvido duas substâncias entorpecentes, uma delas de elevado potencial lesivo, a quantidade apreendida – 7,28 g de *crack* e 56,46 g de maconha – não se mostra expressiva o suficiente a ponto de ensejar a aplicação da minorante no patamar mínimo, sendo possível, pois, a sua incidência na fração máxima.

Nesse contexto, a meu ver, há ilegalidade, porquanto a existência de uma graduação de 1/6 a 2/3 reclama decisão fundamentada com base nos elementos do caso concreto.

É certo que, em regra, o *habeas corpus* não é a via adequada para se discutir pena, entretanto, em casos deste jaez, em que a ilegalidade é flagrante, não se mostra impróprio. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art.

33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do referido redutor em seu patamar mínimo, sendo imperiosa a aplicação da minorante no quantum de 2/3, redimensionando-se a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 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.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 ano e 8 meses 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. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 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 373.561/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

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 2/3 (DOIS TERÇOS). 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 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 2/3 (dois terços).

(...)

2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, alterar o regime inicial para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de direitos, a serem designadas pelo Juízo de Execução Penal.

(HC 363.309/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017)

Na espécie, ante a ausência de fundamentação idônea para a redução apenas em 1/2, é cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3.

Passo, pois, à nova dosimetria:

Mantenho a pena-base fixada na origem, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes. Na terceira etapa, aplico a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em 2/3, o que perfaz 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, a qual torno definitiva.

Aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 anos e 8 meses 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.

Ante do exposto, **concedo a ordem** a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, de ofício, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0244547-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 371.555 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00248131920148260320 20722014 248131920148260320

EM MESA

JULGADO: 17/10/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : AMANDA GRAZIELLI CASSIANO DIAZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO INACIO DA SILVA SANTOS (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.