



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 510.095 - SP (2019/0137164-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO DE SANT ANNA VALENTI - SP324471
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO LUIS DE SOUZA VIEIRA (PRESO)

EMENTA

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 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.

4. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação das majorantes previstas no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima, não sendo suficiente a mera indicação do número de causas de aumento, em analogia ao disposto na Súmula 443 do STJ, que dispõe: "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes". (Precedentes).

5. No caso, o Tribunal de origem majorou as penas na fração de 1/3, tão somente pelo fato de terem sido reconhecidas duas majorantes (art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/2006), impondo-se, portanto, o redimensionamento para a percentual mínimo (1/6).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 18 de junho de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 510.095 - SP (2019/0137164-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO DE SANT ANNA VALENTI - SP324471
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO LUIS DE SOUZA VIEIRA (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 **FABRICIO LUIS DE SOUZA VIEIRA**, 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 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 33, *caput*, c.c o 40, III e VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, alega o impetrante ausência de fundamento idôneo para negar o tráfico privilegiado. Destaca que a quantidade e a natureza dos entorpecentes não são dados válidos para afastar o benefício, sobretudo por não ser elevado o *quantum* apreendido.

Aduz ser cabível o regime mais brando e a aplicação da permuta legal, nos termos dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal e Súmula 440 do STJ.

Requer, assim, o reconhecimento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a fixação do regime aberto e a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos. Subsidiariamente, pugna pelo estabelecimento do modo prisional intermediário.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 68-69).

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da decisão impugnada (e-STJ, fls. 74-77).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 510.095 - SP (2019/0137164-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO DE SANT ANNA VALENTI - SP324471
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO LUIS DE SOUZA VIEIRA (PRESO)

EMENTA

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 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.
4. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação das majorantes previstas no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima, não sendo suficiente a mera indicação do número de causas de aumento, em analogia ao disposto na Súmula 443 do STJ, que dispõe: "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes". (Precedentes).
5. No caso, o Tribunal de origem majorou as penas na fração de 1/3, tão somente pelo fato de terem sido reconhecidas duas majorantes (art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/2006), impondo-se, portanto, o redimensionamento para a percentual mínimo (1/6).
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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.



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.

A Corte de origem manteve afastada a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas com base nos seguintes fundamentos:

"Não obstante, inviável é a aplicação do redutor especial, pois: 1. comprovadamente o Réu integrava organização criminosa e fazia do crime sua atividade remunerativa, observado que foi flagrado com razoável quantidade de entorpecentes variados (repetindo: 13,6g de cocaína, e 47,8g de maconha), não sendo possível que não tivesse a confiança de um traficante-chefe para portar e vender o que tinha consigo, a não ser por sua íntima relação com a ilícita conduta, situação já bem destacada por esta Corte (Ap. nº 0049725-63.2007.8.26.0405, rel. Des. Amado de Faria, 8ª Câ., j. em 19.04.2012) [...] 2. a aplicação indiscriminada da benesse contraria o espírito da repressão penal mais severa que foi introduzido com a Lei nº 11.343/06, ainda mais quando se reconhece a causa especial de aumento pelo envolvimento de menor na prática do tráfico, como já destacado por esta Câmara (Ap. nº 0004066-50.2015.8.26.0405, rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, j. em 09.02.2017) [...]" (e-STJ, fls. 58-59).

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 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.

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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, observa-se que a instância antecedente manteve afastada a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que a quantidade e a variedade dos entorpecentes - 13,6g de cocaína e 47,8 de maconha -, associadas ao envolvimento de menor no fato criminoso, demonstrariam o envolvimento do réu com o crime organizado.

Todavia, da análise atenta dos autos, verifica-se que as circunstâncias fáticas do delito são normais à espécie, e tampouco o *quantum* de entorpecentes apreendido é significativo para justificar o afastamento do tráfico privilegiado, máxime quando o agente é primário e de bons antecedentes, como na hipótese.

Desse modo, à míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do acusado em 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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Cabe destacar que, da análise da dosimetria, constata-se também flagrante ilegalidade no que se refere à fração de aumento na terceira etapa do cálculo penal, apto a autorizar a atuação desta Corte de ofício.

Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação das majorantes previstas no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima, não sendo suficiente a mera indicação do número de causas de aumento, em analogia ao disposto na Súmula 443 do STJ, que dispõe: "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

Confirmam-se:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CAUSAS DE AUMENTO DA PENA. EMPREGO DE ARMA E ENVOLVIMENTO DE CRIANÇA/ADOLESCENTE. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a incidência das causas de aumento previstas no art. 40 da Lei n. 11.343/2006 em patamar superior ao mínimo legal exige motivação concreta, devendo o magistrado indicar as circunstâncias do delito que justifiquem a aplicação de fração superior a 1/6.

4. No caso dos autos, as instâncias ordinárias aplicaram a fração de aumento em 5/12, apenas em razão do número de majorantes - arma de fogo e envolvimento de adolescente. O afastamento do aumento mínimo previsto em lei exige motivação idônea, não bastando a mera indicação do número de causas de aumento. Esse entendimento, *mutatis mutandis*, se assemelha àquele utilizado por esta Corte no enunciado n. 443, que dispõe: 'o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.' Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.

(HC 398.532/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. CAUSAS DE AUMENTO DECORRENTES DE EMPREGO DE ARMA E DE ENVOLVIMENTO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MENOR. FRAÇÃO DE AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÚMERO DE MAJORANTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a incidência das causas de aumento previstas no art. 40 da Lei n. 11.343/06 em patamar acima do mínimo legal exige motivação concreta, devendo o magistrado indicar as circunstâncias fáticas do delito que justifiquem a aplicação de fração superior.

III - Não obstante cuidarem-se, *in casu*, de duas majorantes, o afastamento do aumento mínimo previsto em lei exige fundamentação idônea, não bastando a mera indicação do número de causas em que incidiu o paciente. Tal raciocínio, *mutatis mutandis*, se assemelha àquele utilizado por esta Corte Superior de Justiça, quando da edição do Enunciado n. 443, que afirma que 'o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes'.

Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício.

(HC 379.926/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 8/5/2017).

In casu, o Juízo sentenciante aplicou a fração de aumento em 1/3 tão somente pelo fato de terem sido reconhecidas duas majorantes, previstas nos art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fl. 36), impondo-se, portanto, o redimensionamento para o percentual mínimo (1/6).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

A pena-base parte de 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa, 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 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**.

O regime prisional também merece alteração.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

(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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 reduzir a fração pela incidência das causas de aumento do art. 40, III e VI, da referida Lei para 1/6, 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.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0137164-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 510.095 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00817221320178260050 20190000280029 817221320178260050

EM MESA

JULGADO: 18/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO DE SANT ANNA VALENTI - SP324471
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO LUIS DE SOUZA VIEIRA (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 Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.