



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.718 - SP (2019/0108203-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FÁBIO RIBEIRO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. 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. Caso em que a míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente, 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 expressiva a quantidade de droga apreendida (48,2 gramas de cocaína e 5,5 gramas de maconha). Precedentes.

5. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses 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.

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

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a pena aplicada e o deferimento da permuta legal como posto na sentença condenatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de maio de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.718 - SP (2019/0108203-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FÁBIO RIBEIRO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **FÁBIO RIBEIRO** em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, mais pagamento de 166 dias-multa.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial para afastar o redutor do tráfico privilegiado, redimensionando a sanção para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no regime inicial fechado.

Neste *writ*, alega o impetrante que "O fato de traficar há cerca de 1 mês não permite concluir que se dedicava a atividades criminosas/integrava organização criminosa, algo que exige estabilidade e intenção." (e-STJ, fl. 10)

Sustenta que "O simples fato de praticar o tráfico por um determinado lapso temporal não permite concluir pela inaplicabilidade do redutor, haja vista que o indivíduo poderia, por exemplo, pretender apenas pagar uma dívida, sem intenção de, efetivamente, dedicar-se ao crime ou integrar organização criminosa." (e-STJ, fl. 10)

Aponta violação das Súmulas ns. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 do STJ, aduzindo que "No caso concreto, diante da pena fixada, no máximo deveria ter sido fixado o regime inicial semiaberto." (e-STJ, fl. 10)

Requer, assim, a aplicação do redutor no patamar máximo, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 47).

O Ministério Público Federal opinou "pela concessão parcial da ordem para aplicar a minorante do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 em fração diversa da máxima, com o consequente ajuste do regime inicial de cumprimento de pena e avaliação da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos." (e-STJ, fls. 52-55).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.718 - SP (2019/0108203-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FÁBIO RIBEIRO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. 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 integrem 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. Caso em que a míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente, 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 expressiva a quantidade de droga apreendida (48,2 gramas de cocaína e 5,5 gramas de maconha). Precedentes.

5. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses 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.

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

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a pena aplicada e o deferimento da permuta legal como posto na sentença condenatória.



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 manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Em primeira instância, o juiz sentenciante assim decidiu:

"FÁBIO RIBEIRO, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas penas do art. 33, caput, Lei nº 11.343/2006, porque, no dia 21 de agosto de 2014, por volta das 16h40min, na Rua Andirá, Jardim Paranaíba, na Comarca de Mauá, trazia consigo, para venda, 127 "eppendorff's" contendo ao todo 48,2 gramas de cocaína, e 5 invólucros plásticos contendo ao todo 5,5 gramas de maconha sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 01D/03D).

[...]

A conduta imputada ao réu FÁBIO RIBEIRO também foi comprovada.

A testemunha Kleber Vicente, policial civil, quando ouvida em juízo, disse que o local em que foi feita a abordagem é ponto de tráfico de drogas. Reconheceu o réu como o indivíduo que estava no local dos fatos e disse que não o conhecia. Disse que em seu bolso foi encontrada a quantia de R\$ 30,00. Contou que a droga foi encontrada no mato, próximo ao grupo. Contou que todos foram conduzidos à Delegacia e que **o réu confessou a autoria do crime de tráfico.**

A testemunha Juliano de Toledo Lemos, policial civil, corroborou as declarações da testemunha Kleber Vicente e acrescentou que o réu, no momento em que foi encontrada a droga, não tinha como visualizar o local, no entanto, na Delegacia, falou com exatidão o local onde ela estava e como estava acondicionada.

A testemunha Samuel Cavalcante Pereira disse que mora perto do local da abordagem e que costuma passar por lá. Contou que estava junto com Mateus e que iam até a casa de Roberto, quando foi feita a abordagem policial. Afirmou que conhecia o réu apenas de vista. Disse que foi encontrada no meio do mato uma sacola contendo drogas e que estava cerca de 6 metros abaixo de uma árvore. Narrou que, no momento da abordagem ninguém assumiu a propriedade das drogas, no entanto, Fábio confessou na Delegacia. Disse que passa pelo local ao menos uma vez na semana e que era a primeira vez que tinha visto Fábio ali. Disse que acha que há venda de entorpecentes no local.

Em seu interrogatório, o réu Fábio Ribeiro disse que é vidraceiro e que estava desempregado. Afirmou que nunca foi processado. Disse que estava traficando no local e que desconhece a pessoa de quem adquiria os entorpecentes. Disse que ganhava 20% do total vendido e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que trabalhou por quatro semanas apenas nessa “biqueira”. Contou que assumiu a propriedade do entorpecente na apenas na Delegacia porque a droga não foi encontrada com ele e pensou que pudesse se livrar solto. Narrou que, na Delegacia, assumiu a propriedade do entorpecente por “hombridade”. Disse que não conhecia os policiais que efetuaram a abordagem. Narrou que os R\$ 30,00 que foram achados com ele eram produto da venda das drogas.

Ressalte-se que os depoimentos dos policiais foram coesos, harmônicos e imparciais, além de que estão em consonância com o interrogatório do réu que descreveu detalhadamente a conduta criminosa.

Somando-se isso ao local em que foi abordado, conhecido como ponto de tráfico de drogas, ao acondicionamento das drogas e à sua quantidade e diversidade, bem como à quantia de dinheiro encontrada, não resta dúvida de que o réu trazia consigo, para venda, substâncias entorpecentes, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, amoldando-se a conduta, portanto, àquela tipificada no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006.

Assim, passo à dosimetria da pena, nos termos do art. 68, do Código Penal. Na análise das circunstâncias judiciais, tem-se que os aspectos preponderantes presentes no art. 42 da Lei nº 11.343/06, bem como aqueles constantes do art. 59, do CP, não merecem ser valorados contrariamente aos interesses do réu, mormente tendo em vista que a quantidade de droga encontrada não é vultosa (5,5g de maconha e 48,2g de cocaína fls. 85), o que, por consequência, não autoriza o aumento em relação à natureza da droga apreendida. Também, ressalte-se que o réu é portador de bons antecedentes. Assim, fixo a pena base em cinco anos de reclusão e pagamento de quinhentos dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes. Reconheço a atenuante da confissão espontânea, no entanto, em razão da observância ao contido na Súmula 231, do STJ, fixo a pena provisória no patamar mínimo legal, ou seja, fixo a pena provisória em cinco anos de reclusão e pagamento de quinhentos dias-multa.

Na terceira fase, ausente causa de aumento e aplicável a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 em seu patamar máximo. É que o acusado é primário, portador de bons antecedentes e não há prova firme de que integre organização ou se dedique às atividades criminosas. No caso, a quantidade da droga a priori não induz liame com organização criminosa; a situação mais se ajusta à do pequeno traficante cooptado para agir mediante remuneração, ao invés de participação lucrativa em empresa ilícita. Ressalte-se que a ausência de provas do envolvimento em atividades criminosas ou da participação em organização criminosa deve ser interpretada em benefício do acusado, em razão da aplicação dos princípios da presunção de inocência e do “in dubio pro reo” (HC 103225 RN, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 11.10.2011). Assim, a pena definitiva resulta em um ano e oito meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis dias-multa.

À míngua de maiores elementos e diante dos indícios constantes dos autos da parca condição econômica do réu, fixo o valor do dia-multa no mínimo legal.

[...]

Levando em consideração o quantum de pena aplicado, bem como as circunstâncias judiciais favoráveis, fixo o regime inicial aberto, nos termos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 33, §2º, “c”, do CP.

[...]

Partindo, portanto, de tal premissa, considerando as circunstâncias judiciais acima indicadas e devidamente justificadas, e em sendo estas integralmente benéficas ao réu, e preenchidos os demais requisitos do art. 44, do CP, substituo a pena privativa de liberdade aplicada por duas penas restritivas de direito, sendo a primeira de prestação pecuniária, consistente no pagamento a entidade pública ou privada com destinação social (a ser designada em sede de execução) de cesta básica no valor correspondente a um salário mínimo e a segunda de prestação de serviços à comunidade ou entidade pública (também a ser designada em sede de execução de sentença), observado o disposto no art.

46, do CP.

[...]

Por estes fundamentos e pelo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para CONDENAR o réu Fábio Ribeiro, já evidentemente qualificado, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, resultando a pena privativa de liberdade em pena de um ano e oito meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis dias-multa, sendo o valor de cada dia-multa arbitrado no mínimo legal, a ser cumprida, inicialmente, no regime aberto. SUBSTITUO a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direitos, sendo a primeira de prestação pecuniária, consistente no pagamento a entidade pública ou privada com destinação social (a ser designada em sede de execução) de cesta básica no valor correspondente a um salário mínimo e a segunda de prestação de serviços à comunidade ou entidade pública (também a ser designada em sede de execução de sentença), observado o disposto no art. 46, do CP." (e-STJ, fls. 35-42; sem grifos original)

Por sua vez, o Tribunal de origem, ao dar provimento ao apelo ministerial, afastou o redutor do tráfico privilegiado sob os seguintes fundamentos:

"É da denúncia que, no dia 21 de agosto de 2014, por volta das 16h40min, na rua Andirá, Jardim Paranaíba, cidade de Mauá, o acusado trazia consigo para venda, **127 eppendorfs contendo 48,2 gramas de cocaína e 5 invólucros plásticos contendo ao todo 5,5 gramas de maconha**, substâncias entorpecentes, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

[...]

Realizada a abordagem, com o réu foi apreendida a quantia de R\$ 30,00. Em buscas pelo local, foi localizada uma sacola contendo 127 eppendorfs de cocaína e 5 invólucros plásticos de maconha. Na hora, ninguém assumiu a propriedade do entorpecente e a prática delitiva, mas já na Delegacia de Polícia o réu acabou admitindo ser o dono da droga, que estava traficando há três semanas e que recebia 20% do que faturasse.

Pois bem. Postula o Ministério Público o afastamento do tráfico privilegiado ao argumento da inconstitucionalidade do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, bem como da existência de provas da dedicação do réu às atividades criminosas.

Quanto ao primeiro argumento, sem razão o recorrente.

É sabido que o reconhecimento da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 11.343/2006 não desnatura a hediondez dos crimes relacionados à narcotraficância, constituindo-se, na verdade, apenas uma causa de diminuição de pena de reconhecimento obrigatório, caso presentes seus requisitos.

Noutras palavras, a incidência de uma causa de diminuição não tem o condão de alterar a espécie delitiva e o crime continua a ter a mesma natureza, todavia, com uma sanção mais branda, por opção do legislador, baseada em questões de política criminal, não vislumbrando qualquer inconstitucionalidade na referida norma.

A propósito, sobre o tema ensina Sérgio Ricardo de Souza: “O agente verdadeiramente primário e de bons antecedentes, que tenha infringido as condutas previstas na cabeça do art. 33 e no seu § 1º, tem o direito subjetivo a esta causa especial de diminuição de pena, extremamente significativa, (...) desde que ele não seja um profissional do crime (não se dedique) às atividades criminosas, nem integre alguma organização criminosa. Trata-se de uma opção do legislador por "separar o joio do trigo danificado", aumentando o rigor em relação àquele e criando opções de minimizar a punição em relação a este, que em tese se encontra em uma situação onde a reinserção social é mais viável. (Nova Lei Antidrogas - Lei nº 11.343/06: comentários e jurisprudência. Niterói: Editora Impetus, 2006, pág. 45).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu na mesma linha de entendimento: “Na esteira das decisões deste Egrégio Tribunal e dos Tribunais Superiores, que rotineiramente vem admitindo sua aplicação, não vejo qualquer ofensa ao texto constitucional, não havendo que se falar, também, em proteção deficiente ou ofensa ao princípio da proporcionalidade. Ao reverso, ao prever uma redução da pena ao agente que inicia no mundo do crime, não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização com o mesmo fim, a minorante questionada está justamente atendendo a este princípio. (Agravado em Recurso Especial 198.065 - Rel. Min. Marilza Maynad, julgado em 04.04.2014)”

Firmada a constitucionalidade do dispositivo, no que tange à ausência de preenchimento dos requisitos para a concessão da benesse, porém, tem razão a acusação, diante da prova da dedicação do réu ao tráfico.

De fato, em Juízo, o acusado confessou a prática delitiva dizendo que trabalhava para o tráfico há quatro ou cinco semanas e recebia 20% do faturamento com a venda de entorpecentes.

Relatou que não conhecia o fornecedor do material ilícito e admitiu o dinheiro encontrado em seu poder era oriundo da venda da droga.

Os policiais civis responsáveis por sua prisão, em depoimentos uníssomos, confirmaram a tese acusatória. Kleber e Juliano esclareceram que o réu foi preso em conhecido ponto de venda de drogas e o entorpecente foi localizado nas proximidades. No momento da abordagem, o apelante estava com outras pessoas.

Por fim, as circunstâncias da apreensão do entorpecente também foram confirmadas pelo relato da testemunha Samuel Cavalcante Pereira, que presenciou a abordagem do réu.

A redação do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, preceitua que:

Art. 33 (...) § 4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas nem integre organização criminosa”.

Como se vê, esta norma possui natureza jurídica de causa especial de diminuição de pena. A finalidade desta minorante é adequar a punição ao caso concreto, atendendo-se ao princípio constitucional de individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal) e adequar a pena prevista no preceito secundário do artigo 33, “caput”, ao fato delituoso que represente menor gravidade.

Ou seja, reduzida ofensa, menor perigo social, uma vez que **a norma aplica-se às pessoas que não tenham envolvimento anterior com crimes e que, a despeito de terem praticado uma conduta relacionada ao tráfico de drogas, não se dediquem à traficância ou faça, parte de organização criminosa, o que não é o caso dos autos, pois o réu admitiu que ganhava a vida com a venda de drogas e percebia a quantia de 20% do faturamento.**

O fato de o acusado trabalhar na venda de drogas e perceber renda com o comércio ilícito, comprova sua dedicação ao crime. Ele agia com habitualidade e com conluio com terceiros e, desta atividade, tirava seu sustento, não havendo falar em incidência da minorante.

Passa-se, portanto, à readequação da pena.

A pena-base fica mantida no mínimo legal de 5 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa. Na segunda etapa, apesar de reconhecida a atenuante da confissão, a sanção fica mantida no mesmo patamar, diante do disposto na Súmula nº 231 do STJ. Tal reprimenda torna-se definitiva, diante o afastamento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Quanto ao regime de cumprimento de pena, o fechado se mostra o mais adequado, de acordo com a determinação constante no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que regula os crimes hediondos, hipótese equiparada ao caso concreto.

Aliás, a modalidade é, na verdade, a única compatível com a gravidade do delito praticado e está em sintonia com o rigor com que o legislador tratou o traficante, negando-lhe benefícios outros que normalmente concede a infratores de normas diversas.

Com efeito, se não tem ele direito à liberdade provisória, fiança etc., não faria sentido que, condenado, pudesse receber pena alternativa, ou cumprir a reprimenda em outro regime.

A respeito, tem-se que “O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº. 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90” (STJ, HC 207414, Relatora Ministra LAURITA VAZ, julgado 04-10-2011).

Embora o Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES) tenha declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, a. r. decisão não foi unânime e foi feita de forma incidental, não possuindo eficácia erga omnes e nem efeito vinculante.

Também não é o caso de substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

[...]

Ressalto ainda que o benefício é incabível porque a pena ora fixada é superior a 4 anos (art. 44, I e II, do CP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pelo exposto, nos termos supra, dá-se provimento ao apelo ministerial para o fim de afastar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, resultando a pena definitiva do acusado, em 5 de reclusão, regime fechado, além do pagamento de 500 dias-multa, mínimo legal. Expeça-se mandado de prisão em desfavor do réu." (e-STJ, fls. 25-34)

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 integrarem organizações criminosas.

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 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 *a quo* afastou a incidência da minorante por entender que a confissão do paciente de que trabalhava na venda de drogas há 4 ou 5 semanas e recebia 20% do faturamento com o comércio ilícito, comprovaria sua habitualidade delitiva no comércio ilícito de drogas.

Entretanto, ao contrário do firmado na origem, verifica-se que os elementos destacados no acórdão impugnado são indicativos de que o paciente era iniciante no comércio ilícito de drogas, podendo ser qualificado, também, como pequeno traficante, aquele a quem norma, justamente, visa beneficiar.

Como se verifica, a quantidade de droga apreendida não é expressiva (**48,2 gramas de cocaína e 5,5 gramas de maconha**) e como o próprio paciente assumiu, estava vendendo drogas há apenas um mês.

Desse modo, à míngua de elementos concretos que comprovem a efetiva dedicação do paciente em atividades criminosas, e uma vez verificada sua primariedade e os bons antecedentes, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser operada em 2/3, conforme fixado pelo magistrado sentenciante.

A propósito:

"*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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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).

Quanto ao regime prisional, cumpre anotar que 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 1 ano e 8 meses 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para restabelecer a pena aplicada e o deferimento da permuta legal como posto na sentença condenatória.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0108203-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 504.718 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00074234920148260348 20180000207295 74234920148260348

EM MESA

JULGADO: 21/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FÁBIO RIBEIRO (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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