



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 460.429 - RS (2018/0181611-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : GILSON ALVES FERNANDES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO MOTIVADA PELA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. MINORANTE DO TRÁFICO. PRIVILÉGIO RECONHECIDO COM APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA, EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Consoante o disposto no artigo 42, da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- A pena-base afastou-se do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida - **7 g de crack, distribuídos em 67 pedras** -, tendo a mesma circunstância concreta, e apenas ela, legitimado a aplicação da fração mínima da minorante.

- Todavia, verifica-se, de plano, que a **quantidade e a natureza do material entorpecente** apreendido, no caso, sendo, avaliadas globalmente, são inexpressivas, não justificando o aumento da pena imposta, na primeira etapa dosimétrica, e nem mesmo a escolha da fração de diminuição da reprimenda, na terceira fase.

- A partir do 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.

- Hipótese em que o paciente é primário e restou condenado a pena não superior a 4 anos de reclusão, com análise favorável das circunstâncias judiciais, razão pela qual faz jus ao regime inicial aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea 'c', do CP, além da substituição por restritivas de direitos, a serem definidas pelo juiz singular.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas do paciente para **1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa**, além de fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juiz singular.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 460.429 - RS (2018/0181611-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : GILSON ALVES FERNANDES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 1/5), com pedido liminar, impetrado em benefício de GILSON ALVES FERNANDES, contra v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 70076758515 - fls. 288/293).

Depreende-se dos autos que o juiz singular condenou o ora paciente à pena de **5 anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e à pena de 650 dias-multa, no valor mínimo legal**, pela prática do delito previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. Por força da detração, o paciente deveria cumprir o restante da pena, **4 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicialmente semiaberto** (fls. 178/184).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação criminal, na eg. Corte estadual, que deu parcial provimento ao recurso, a fim de redimensionar a pena imposta ao réu para **4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e 417 dias-multa, à razão mínima**. Transcrevo, a seguir, a ementa do julgado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06) CONDENAÇÃO. APENAMENTO. REGIME CARCERÁRIO. INCONFORMISMO DEFENSIVO E MINISTERIAL.

O conjunto probatório demonstra a atividade de narcotraficância exercida pelo réu, não havendo qualquer possibilidade de absolvição como requer a defesa. Ressalto que, para a configuração do ilícito penal de tráfico de drogas, é necessário que o agente incida ao menos em um dos verbos nucleares do tipo, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

precisando ser flagrado na prática de atos de comércio com a droga, verbos estes que estão previstos no artigo 33, da Lei n.º 11.343/06. Com efeito, além dos depoimentos prestados pelos agentes policiais, no sentido de que abordaram o acusado em local conhecido como ponto de tráfico e apreenderam drogas com ele, temos a palavra do próprio acusado, que admitiu que as drogas apreendidas eram de sua propriedade e se destinavam a mercancia. Na ocasião, foram apreendidas em poder do réu e na residência utilizada para guardar as drogas: 16 pedras de crack pesando 0,12 g cada; e, 51 pedras de crack pesando 0,1 g cada. Assim, não resta qualquer dúvida sobre a caracterização do delito, devendo ser mantida a condenação imposta.

APENAMENTO - Readequação da pena-base que se mostra recomendável, na medida em que a fundamentação utilizada para que fossem negativas as vetórias da conduta social, personalidade, motivo e conseqüências, não se mostraram idôneas, devendo ser afastadas. Por outro lado, as circunstâncias merecem ser mantidas como negativas, considerando a quantidade e natureza de drogas apreendidas com o acusado, sendo observado o disposto também no artigo 42 da Lei n.º 11.343/06. Pena provisória - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Súmula n.º 231 do STJ.

APLICAÇÃO DA REDUTORA - Cabe referir que não há que se falar em inconstitucionalidade da redutora prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, pois o Pretório Excelso reconheceu viável a aplicação desta causa de redução, sem configurar o vício apontado. No caso dos autos, o digno magistrado reconheceu a possibilidade de aplicação da redutora, contudo, em seu patamar mínimo (1/6). Tenho que as circunstâncias autorizam a concessão da redutora, uma vez que o réu é primário, não havendo efetiva demonstração de que se dedicasse a atividades ilícitas. Contudo, considerando tratar-se de 67 (sessenta e sete) pedrinhas pesando aproximadamente 7 g de crack, substância de extrema nocividade, recomendável a aplicação da redutora em seu patamar mínimo, como feito.

REGIME CARCERÁRIO - Busca o agente ministerial a fixação de regime inicial fechado, afirmando ser medida obrigatória, nos termos do artigo 2º. § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Ora, é cediço que esta lei teve sua inconstitucionalidade declarada incidenter tantum pelo egrégio STF, de maneira que este argumento não subsiste, não havendo motivação para alteração do regime inicial de cumprimento de pena.

SUBSTITUIÇÃO - De outra banda, no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, observa-se que o réu não preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP, haja vista que a sanção restou fixada em patamar superior a 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos.

PENA DE MULTA - Outrossim, não procede o pleito subsidiário de isenção da pena de multa, eis que sua imposição decorre de expressa previsão legal, sendo a eventual impossibilidade de sua satisfação matéria a ser solvida junto ao juízo da execução. Voto vencido.

APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDA, À UNANIMIDADE. APELAÇÃO DEFENSIVA PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA." (fls. 250/251).

Na sequência, foram interpostos embargos infringentes e de nulidade, que resultaram desacolhidos, conforme a ementa abaixo:

"EMBARGOS INFRINGENTES. TRÁFICO DE DROGAS. VOTO VENCIDO. FIXAÇÃO DAS PENAS EM MENOR PATAMAR PELO PRIVILÉGIO, FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DESTA POR RESTRIÇÕES DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE PREVALÊNCIA.

Mostrou-se + justa à repreensão e à prevenção da conduta em estudo a fixação da reprimenda prisional em quatro anos e dois meses de reclusão, levando em conta sobretudo a considerável quantidade e a danosa natureza da droga angariada (67 'pedras' de crack), sendo inadequada, a meu juízo, a fixação das penalidades nos menores patamares admissíveis, como pretende o embargante. Embargos infringentes desacolhidos, por maioria." (fl. 291).

No presente *mandamus* (fls. 1/5), a impetrante alega que a fração aplicada do redutor do tráfico privilegiado mostra-se incompatível com as circunstâncias judiciais valoradas, especialmente, considerando que tão somente **7 g de crack** foram apreendidos.

Aduz que o agente é primário, contava com apenas 21 anos à época dos fatos, tendo sido preso com pequena quantidade de droga, fazendo jus ao mencionado benefício no patamar máximo.

Ao final, requer, liminarmente, seja concedida a liberdade até o julgamento final do *writ*. No mérito, pede a redução da reprimenda do paciente.

A liminar foi indeferida, às fls. 307/310.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 350/352).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 460.429 - RS (2018/0181611-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca a defesa a aplicação da causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo.

No caso, o Tribunal local, por maioria de votos, ao dar provimento parcial ao recurso interposto, reduziu as penas do acusado para **4 anos e 2 meses de reclusão e 417 dias-multa**, com lastro na seguinte fundamentação:

"APENAMENTO

A defesa requer o redimensionamento da pena-base aplicada, a incidência da redutora em seu grau máximo, bem como o afastamento da pena de multa.

O magistrado a quo considerou como negativas as vetoriais da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e conseqüências. Tenho que parcial razão assiste à defesa.

A fundamentação utilizada pelo juízo sentenciante não se mostra idônea em relação a quatro destas vetoriais, sendo elas: conduta social, personalidade, motivos e conseqüências. A conduta social e personalidade foram dadas como negativas em virtude de o réu não haver comprovado possuir emprego lícito. Ora, o simples fato de estar desempregado não serve para que seja elevada a pena imposta ao réu, bem como sua dedicação à atividade ilícita (tráfico) é pressuposto para configuração do próprio delito. Ainda, quanto à motivação ser o lucro fácil, é cediço que há muito se tem entendido que esta circunstância é inerente ao tipo penal, não podendo ser valorada em desfavor do réu. Outrossim, restou consignado pelo magistrado que as conseqüências eram negativas, 'pois excessivamente danosas à sociedade'. Ocorre que, tal descrição não apresenta elementos concretos que recomendem a elevação da sanção basilar, impondo-se seu afastamento.

Por outro lado, as circunstâncias merecem ser mantidas como negativas, considerando a quantidade e natureza de drogas apreendidas com o acusado, sendo observado o disposto também no artigo 42 da Lei nº 11.343/06. Assim sendo, redimensiono a pena-base imposta ao acusado para 05 (cinco) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias.

Na segunda fase da dosimetria da pena, mantida a redução da pena em razão da atenuante da confissão espontânea, a pena vai fixada em seu patamar mínimo, qual seja 05 (cinco) anos de reclusão. Saliento que, embora tenha sido aplicada a redução em 06 (seis) meses pelo juízo a quo, inviável a redução da pena aquém do mínimo legal, consoante disposto na Súmula nº 231 do STJ:

'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'.

Deste modo, é de ser mantida a pena em 05 (cinco) anos de reclusão.

APLICAÇÃO DA REDUTORA (ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06)

Lado outro, o Ministério Público busca que seja afastada a redutora aplicada. A Defesa, por sua vez, busca a aplicação desta causa especial de redução da pena em seu patamar máximo. Ambos sem razão.

Inicialmente, cabe referir que não há que se falar em inconstitucionalidade da redutora prevista no artigo 33, § 4.º da Lei nº 11.343/06, pois o Pretório Excelso reconheceu viável a aplicabilidade desta causa de redução, sem configurar o vício apontado.

No caso dos autos, o digno magistrado reconheceu a possibilidade de aplicação da redutora, contudo, em seu patamar mínimo (1/6).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tenho que as circunstâncias autorizam a concessão da redutora, uma vez que o réu é primário, não havendo efetiva demonstração de que se dedicasse a atividades ilícitas. Contudo, considerando tratar-se de 67 (sessenta e sete) pedrinhas pesando aproximadamente 7 g de crack, substância de extrema nocividade, recomendável a aplicação da redutora em seu patamar mínimo, como feito.

Desta maneira, a pena privativa de liberdade imposta ao acusado resta definitivamente fixada em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto. Ressalto que a pena pecuniária deve manter proporcionalidade com a privativa de liberdade aplicada. Considerando que a pena privativa restou estipulada em um pouco acima de 04 (quatro) anos, redimensiono a sanção pecuniária imposta ao réu para 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, à razão mínima." (fls. 260/263).

De início, consigne-se que a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Vale ressaltar que, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *in verbis*: "Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."

Por outro lado, nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.

Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59, do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente ao tráfico de entorpecentes.

Nesse ponto, vale consignar que, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O julgado recebeu a seguinte ementa:

"1.Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE n. 666.334 RG/AM, TRIBUNAL PLENO, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 6/5/2014).

Logo, cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhes aprouver, podendo valorá-las, na primeira fase, para exasperar a pena-base ou, na terceira fase, para graduar o redutor do tráfico privilegiado, mas nunca em ambas as fases, sob pena de *bis in idem*.

Pela leitura do excerto acima transcrito, observa-se que a pena-base afastou-se do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida - **7 g de crack, distribuídos em 67 pedras** -, tendo a mesma circunstância concreta, e apenas ela, legitimado a aplicação da fração mínima da minorante.

Todavia, verifica-se, de plano, que a **quantidade e a natureza do material entorpecente** apreendido, no caso, sendo, avaliadas globalmente, inexpressivas, não justificam o aumento da pena imposto, na primeira etapa dosimétrica, e nem mesmo a escolha da fração de diminuição da reprimenda, na terceira fase da dosimetria, em patamar inferior ao máximo previsto em lei.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO PATAMAR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MÍNIMO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 11 G (ONZE GRAMAS) DE CRACK. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 APLICADO NO PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO INSUFICIENTE PARA SE CONCLUIR PELA DEDICAÇÃO DA PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIALMENTE ABERTO DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

2. Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte, de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação do paciente à atividade criminosa. Contudo, na espécie, apesar da natureza da droga apreendida, o aumento operado mostrou-se desproporcional e desarrazoado, sobretudo em razão de sua quantidade inexpressiva - 11 g (onze gramas) de crack, razão pela qual a pena-base foi readequada, sendo fixada em seu patamar mínimo.

3. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. No caso em apreço, a quantidade de entorpecente apreendida não se mostra suficiente para se concluir pela dedicação da paciente à atividade criminosa, à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, razão pela qual faz jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, de forma a ser cabível a sua aplicação na fração máxima de 2/3 (dois terços).

5. Em razão do novo quantum da reprimenda - 1 ano e 8 meses de reclusão -, fixada a pena-base no patamar mínimo e concedida a minorante em sua fração máxima, impõe-se o regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena.

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 384.843/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 21/11/2017)

[...]

TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PEQUENA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. REDUÇÃO AO MÍNIMO PREVISTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas. 2. Na espécie, a fundamentação utilizada para a exasperação da pena-base além do mínimo não se mostra idônea, em razão da pequena quantidade dos estupefacientes apreendidos, sendo necessário sua redução ao mínimo legal.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA DE INCIDÊNCIA. ATO INFRACIONAL INDICANDO A RELAÇÃO COM ATIVIDADE CRIMINOSA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. APLICAÇÃO DA BENESSE NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). REDUZIDA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 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 da prática reiterada pelo paciente de atos infracionais análogos ao tráfico de entorpecentes, como forma de indicar a habitualidade criminosa. Entretanto, o fundamento se revela inidôneo, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, 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 redimensionar a pena para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e multa, em regime inicial aberto, determinando-se a substituição da sanção privativa por duas restritivas de direito a serem determinadas pelo Juízo competente. (HC 369.203/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 09/05/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em consequência das ilegalidades supra identificadas, deve a ordem ser concedida, de ofício, para afastar a valoração negativa das circunstâncias do crime, na primeira etapa dosimétrica, e para aplicar a redutora do tráfico privilegiado na fração máxima prevista em lei, de 2/3.

Passo ao redimensionamento das pena do paciente.

Reconhecido como inidôneo o único fundamento utilizado pela eg. Corte local para manter o incremento da pena, na primeira fase da dosimetria, fixo a pena-base em **5 anos de reclusão e 500 dias-multa**.

A atenuante genérica reconhecida, da confissão espontânea, não pode reduzir a reprimenda a patamar aquém do mínimo legal (**Súmula 231/STJ**), de maneira que a pena do paciente mantém-se, provisoriamente, no mesmo patamar.

Reconhecida a ilegalidade na aplicação da fração mínima da redutora do **art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006**, reduzo a pena na fração máxima de 2/3, motivo pelo qual torno a pena do paciente definitiva em **1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa**, na ausência de outras causas de diminuição ou aumento.

Em virtude do redimensionamento da pena, que não supera 4 anos de reclusão, aliado à primariedade do paciente e ao fato de que todas as circunstâncias subjetivas e objetivas lhe são favoráveis, resulta cabível o regime inicial aberto, a teor do disposto no **art. 33, § § 2º, 'c', e 3º, do Código Penal**.

Além disso, encontram-se preenchidos os pressupostos previstos no **art. 44 do Código Penal**, razão pela qual é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juiz singular.

No mesmo sentido, vejam-se os julgados seguintes:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS NA FORMA PRIVILEGIADA. NATUREZA DE CRIME COMUM. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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 certificada sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal, sobretudo quando não expressiva a quantidade de drogas apreendidas - 2,36 g de crack e 18, 15 g de maconha. Precedentes.***

5. Estabelecida a sanção penal em 1 ano e 8 meses, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, 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.

[...]

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, redimensionando as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 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 Execução. (HC 457.720/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO MOTIVADA PELA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CONFISSÃO PARA USO PRÓPRIO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO INCIDÊNCIA. MINORANTE DO TRÁFICO. PRIVILÉGIO RECONHECIDO PELO JUÍZO SENTENCIANTE, COM APLICAÇÃO DE FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA SEM JUSTIFICATIVA. AUSÊNCIA DE RECURSO MINISTERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL LOCAL MANTER O PATAMAR MEDIANTE A ALEGAÇÃO DE QUE O PACIENTE NÃO FAZIA JUS AO REDUTOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

10. Hipótese em que o paciente é primário e restou condenado a pena não superior a 4 anos de reclusão, com análise favorável das circunstâncias judiciais, razão pela qual faz jus ao regime inicial aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais. (HC 412.446/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 12/04/2018)

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus.

Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir as penas do paciente para **1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa**, além de fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juiz singular.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0181611-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 460.429 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00061298720168210070 00410636820188217000 00781344120178217000
07021600022960 410636820188217000 61298720168210070 70073140196
70076758515 7021600022960 781344120178217000

EM MESA

JULGADO: 20/09/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : GILSON ALVES FERNANDES

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.