



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.474 - SP (2016/0321579-7)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : AMANDA GRAZIELLI CASSIANO DIAZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO ARAUJO RODRIGUES (PRESO)

EMENTA

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

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Atendidos os pressupostos legais à aplicação do benefício, imperiosa a mitigação da pena nos termos do supracitado dispositivo legal.

3. Assim, tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de droga apreendida, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 2/3 (dois terços).

REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO *QUANTUM* FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO.

1. Redimensionada a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis e tendo a pena-base sido fixada em seu mínimo legal, mister a readequação do regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 3º, alínea c, do CP.

2. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.474 - SP (2016/0321579-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : AMANDA GRAZIELLI CASSIANO DIAZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO ARAUJO RODRIGUES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de DANILO ARAUJO RODRIGUES contra acórdão proferido pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0001158-81.2015.8.26.0320, mantendo a condenação à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o paciente faria jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 em seu patamar máximo, não podendo a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido obstaculizar tal benesse.

Defende que o caráter hediondo e a gravidade abstrata do delito seriam insuficientes para o estabelecimento do regime prisional mais gravoso, haja vista a pena imposta e a favorabilidade das circunstâncias judiciais.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja aplicada a causa especial de diminuição prevista no art. 33 § 4º da Lei de Drogas em patamar máximo e mitigado o regime inicial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.474 - SP (2016/0321579-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DA SÚMULA/STJ 444 NÃO EVIDENCIADA. REGIME FECHADO MOTIVADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

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. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

[...]

7. Writ não conhecido.

(HC 359.319/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, no regime fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:

"[...] em 21 de janeiro de 2015, por voltadas 02:30 horas, na Rua Três, nº 101, Jardim Ernesto Kuhl, nesta cidade e DANILO ARAÚJO RODRIGUES, já qualificado a fls. 10, trazia consigo, com intuito de tráfico ilícito, droga, sem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autorização e em desacordo com determinação legal a saber, dez porções da droga "Erythroxylon coca", popularmente conhecida como "cocaína" na torma de pó, acondicionadas em flaconetes, pesando aproximadamente 16,7 g (dezesseis gramas e setecentas miligramas), consoante auto de exibição e apreensão de fls 20/21 e laudo de constatação provisória de fls. 23, destinadas à venda para consumo de terceiros." (e-STJ fl. 13).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório na íntegra.

No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente da não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, verifica-se que o Tribunal *a quo* manteve o afastamento da benesse, sob o seguinte fundamento:

"Em relação ao redutor do artigo 33, parágrafo 4º da Lei no 11.343/06, sabe-se que, nos termos do referido dispositivo legal, o julgador poderá reduzir a pena fixada ao agente - de um sexto a dois terços - desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Cuida-se, pois, de faculdade que o julgador usará ou não, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, e não direito subjetivo do acusado. E, na hipótese vertente, tendo em vista a quantidade de droga encontrada, mais as circunstâncias em que o réu foi pilhado, fica evidente que DANILO possui sério envolvimento com a máquina criminosa que movimenta o comércio ilícito de entorpecentes." (e-STJ fl. 98)

Sabe-se que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

No caso em apreço, nota-se que o Tribunal *a quo* deixou de aplicar a minorante com base na quantidade de entorpecente apreendido, por considerá-la elevada. Todavia, o fundamento não deve prevalecer.

Com efeito, embora a Corte estadual tenha asseverado que o volume de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga capturado seria suficiente para afastar a incidência do indicado redutor, vê-se que a quantidade apreendida - 10 porções de cocaína, pesando 8,7 g (e-STJ fl. 35), não se revela exorbitante ao ponto de justificar a vedação total do benefício.

Imperioso, portanto, reconhecer o manifesto constrangimento ilegal neste ponto, em razão da ausência de fundamentação suficiente a legitimar a impossibilidade da redução da reprimenda.

Dessa forma, levando-se em conta o pequeno volume de droga apreendida e ainda a favorabilidade das circunstâncias judiciais, mostra-se adequada a aplicação da fração de 2/3 (dois terços), nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

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. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE ÍNFIMA (1,1 G). APLICAÇÃO DO REDUTOR NO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA DO DELITO DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. 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 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

3. Não há bis in idem nas decisões impugnadas, quando, no cálculo da pena, foram considerados argumentos distintos para majorar a pena-base (o envolvimento de inúmeros adolescentes) e para definir o índice de redução, pela causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (a natureza da droga).

4. É manifestamente desproporcional a redução da pena no mínimo legal (1/6), pela incidência da minorante em questão, com fulcro, apenas, na natureza do entorpecente (cocaína), diante da ínfima quantia da substância apreendida (1,1 g), aliada ao fato de que a paciente é primária e não há prova de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que se dedica ao tráfico de entorpecentes ou integre organização criminosa. Aplicação do índice de diminuição em 2/3. Precedente.

5. Fixada a sanção corporal em patamar inferior a quatro anos de reclusão e sendo desfavoráveis as circunstâncias do delito, que justificaram o aumento da pena-base, revela-se correta a imposição do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006, no grau máximo, redimensionando a pena da paciente para 1 anos e 10 meses de reclusão mais 166 dias-multa. (HC 372.496/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016)

Passando-se a dosimetria, tem-se que a pena-base foi fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, e multa, a qual se mantém inalterada na segunda fase, em face da inexistência de atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, com a incidência da causa especial de diminuição da pena na fração de 2/3 (dois terços), a reprimenda resta definitiva em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa.**

Redimensionada a reprimenda final e, tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a fixação da pena-base no mínimo legal, imperiosa a mitigação do regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 3º, alínea c, do CP.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. ARTIGOS 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL E 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/2003. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO: DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA IGUAL A 4 ANOS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, no tocante ao crime de posse ilegal de arma de fogo, as instâncias de origem não apresentaram justificativa idônea para consideração desfavorável da personalidade do paciente, sendo de rigor a redução da pena-base ao mínimo legal.

3. Nos termos do artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, cabível a fixação do regime inicial aberto, tendo em vista o quantum de pena definitiva (4 anos de reclusão), as circunstâncias judiciais favoráveis, bem como a primariedade do paciente.

4. É viável a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, eis que preenchidos os requisitos autorizadores do art. 44 do Código Penal, não havendo outro óbice para providência.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir as penas do paciente para 4 (quatro) anos de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa, fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da execução.

(HC 378.649/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de redimensionar a reprimenda para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0321579-7

HC 381.474 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011588120158260320 01102015 11588120158260320 20160000701709

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: AMANDA GRAZIELLI CASSIANO DIAZ
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DANILO ARAUJO RODRIGUES (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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.