



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 410.791 - RS (2017/0192075-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
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 : OTONIEL MENDONCA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. DIVERSIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS CONSIDERADA NA TERCEIRA FASE PARA MODULAR A FRAÇÃO DA REDUTORA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL MAIS BRANDO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESLOCADA. IMPOSSIBILIDADE. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **habeas corpus** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a dosimetria da pena insere-se e dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

III - Na fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso concreto, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

IV - **In casu**, a quantidade de droga apreendida não é elevada. Somando-se a isso a ausência de circunstâncias judiciais negativas, está autorizada a incidência da redutora do tráfico privilegiado em fração acima do mínimo. Por outro lado, embora a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade total das drogas apreendidas não tenha sido muito elevada - **16,86g de crack e 4,15g de maconha** -, a natureza e nocividade de uma delas - crack - enseja uma maior resposta estatal no momento da dosimetria da pena. Desse modo, suficiente a aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração de 1/2 (**meio**), reduzindo a pena imposta para **2 (dois) anos, 6 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**.

V - Fixada a pena **2 (dois) anos, 6 (seis) meses de reclusão**, e tendo sido a circunstância judicial do art. 42 do Código Penal valorada negativamente, ainda que para modular a fração da redutora do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, na terceira fase da dosimetria, está autorizada a fixação do regime prisional mais rigoroso em sequência, qual seja, o semiaberto, **ex vi** do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

VI - **Na hipótese**, verifico que embora a pena final tenha sido fixada em patamar abaixo de 4 (quatro) anos, a variedade das drogas apreendidas não recomenda a substituição, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Contudo, **concedo a ordem de ofício** para reduzir a reprimenda aplicada ao paciente. Mantidos os demais termos do v. acórdão impugnado.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 410.791 - RS (2017/0192075-3)

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 : OTONIEL MENDONCA DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em benefício de OTONIEL MENDONCA DA SILVA em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, na Apelação n. 0055101-22.2017.8.21.0000.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, às penas de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 800 (oitocentos) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2016.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo em v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO. TRÁFICO. RECURSO DEFENSIVO AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS E TESTEMUNHAS MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME SEMIABERTO FIXADO.

A prova contida no feito autoriza a manutenção da condenação do réu por tráfico de drogas. Autoria e materialidade comprovadas. Depoimentos dos agentes de segurança que realizaram abordagem de rotina, em local conhecido na cidade por ser ponto de consumo e venda de entorpecentes. Na ocasião, após perceber a presença da polícia, o acusado tentou dispensar uma carteira de cigarros. Ao ser feita a abordagem, foi constatada a existência de 37 (trinta e sete) pedras de "crack", pesando, aproximadamente, 16,86 gramas, e dois invólucros de "maconha", pesando 4,15 gramas, acondicionadas e fracionadas prontas para a venda, além da quantia de R\$40,00 (quarenta reais), sem comprovação lícita da origem, evidenciando a participação do acusado no comércio de entorpecentes. Desnecessário o flagrante no ato do comércio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de drogas, pois o art.33, da Lei 11.343/06, apresenta diversas condutas que caracterizam o crime de tráfico de entorpecentes. Depoimentos de usuários que corroboram com os relatos policiais. Manutenção da condenação de tráfico de drogas. Subsidiariamente, redimensionada a pena basilar, pois o fundamento adotado pelo magistrado singular para agravá-la já está inserido no próprio tipo penal quando da aferição do grau de reprovabilidade da conduta pelo legislador e fixação da pena mínima e máxima cominada ao delito. Concedida a minorante do §4º do art.33 da Lei de Drogas em 1/6, pois proporcional ao montante de droga apreendido com o réu, sem olvidar sua parca idade. Regime semiaberto determinado, pois adequado às peculiaridades do caso em tela. Ao prequestionamento, esclareço que não se nega vigência a qualquer dos dispositivos legais mencionados, traduzindo a presente decisão o entendimento da Relatora acerca da matéria analisada.

DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO. UNÂNIME" (fl. 362).

Daí o presente writ, no qual sustenta a impetrante, em síntese, que o "acórdão recorrido nega vigência ao disposto no artigo 33, § 4º da lei 11.343/06, aos artigos 44 e 33, § 2º, alíneas 'b' e 'c', ambos do Código Penal, pois diversamente da interpretação havida, deve ser aplicada a diminuição da pena pela minorante do tráfico privilegiado em seu grau máximo, bem como deve ser readequado o regime de cumprimento da pena e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (fl. 2).

Assevera, ainda, que "'dedicação à atividade criminosa' e a 'participação em organização criminosa' constituem pressupostos negativos de aplicabilidade da referida minorante, ao passo que ausentes estas características, impõe-se a incidência da causa de diminuição da pena em comento, em fração que esteja em sintonia com o Princípio da Proporcionalidade, sob pena de negativa de aplicação do mesmo" (fl. 4).

Aduz, ainda, que "imperiosa se faz a aplicação da redutora prevista pelo §4º. do art. 33. da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, tendo em vista a falta de idoneidade do fundamento utilizado para o afastamento do direito subjetivo do paciente ao reconhecimento da minorante em comento, mostrando-se desproporcional a diminuição da pena em apenas 1/6" (fl. 5).

Por fim, menciona, que "após a aplicação do redutor referido, atenta-se à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessidade de readequação do regime prisional estabelecido, nos termos do disposto no art. 33, § 2.º, alíneas "b" e "c", do Código Penal, bem como à análise da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme preceitua o art. 44, e seus incisos, do mesmo diploma legal, sob pena de negativa de vigência também a esses dispositivos" (fl. 5).

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja aplicada, em patamar máximo, a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º art. 33 da Lei n. 11.343/06, com fixação do regime mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi **indeferido**, às fls.385-387.

Informações prestadas às fls. 393-414.

O Ministério Público Federal, às fls. 416-423, manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS - PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE - CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS - REVISÃO DE DOSIMETRIA - IMPROCEDÊNCIA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - LIVRE CONVECIMENTO FUNDAMENTADO DO JULGADOR - REEXAME DOS FATOS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INOCORRÊNCIA.

PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 410.791 - RS (2017/0192075-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
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 : OTONIEL MENDONCA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. DIVERSIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS CONSIDERADA NA TERCEIRA FASE PARA MODULAR A FRAÇÃO DA REDUTORA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL MAIS BRANDO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESLOCADA. IMPOSSIBILIDADE. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **habeas corpus** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a dosimetria da pena insere-se e dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

III - Na fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso concreto, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

IV - **In casu**, a quantidade de droga apreendida não é elevada. Somando-se a isso a ausência de circunstâncias judiciais negativas, está autorizada a incidência da redutora do tráfico privilegiado em fração acima do mínimo. Por outro lado, embora a quantidade total das drogas apreendidas não tenha sido muito elevada - **16,86g de crack e 4,15g de maconha** -, a natureza e nocividade de uma delas - crack - enseja uma maior resposta estatal no momento da dosimetria da pena. Desse modo, suficiente a aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração de 1/2 (**meio**), reduzindo a pena imposta para **2 (dois) anos, 6 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.**

V - Fixada a pena **2 (dois) anos, 6 (seis) meses de reclusão**, e tendo sido a circunstância judicial do art. 42 do Código Penal valorada negativamente, ainda que para modular a fração da redutora do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, na terceira fase da dosimetria, está autorizada a fixação do regime prisional mais rigoroso em sequência, qual seja, o semiaberto, **ex vi** do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

VI - **Na hipótese**, verifico que embora a pena final tenha sido fixada em patamar abaixo de 4 (quatro) anos, a variedade das drogas apreendidas não recomenda a substituição, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Contudo, **concedo a ordem de ofício** para reduzir a reprimenda aplicada ao paciente. Mantidos os demais termos do v. acórdão impugnado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Relª. Minª. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração a aplicação, ao caso, da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com fixação de regime inicial mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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" (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Para melhor análise das questões aduzidas, colaciono o que dispôs o v. acórdão sobre o tema:

"Sobre o interesse na incidência da minorante do art. 33, §4º da Lei de Drogas, compreendo que também obrou em equívoco o magistrado de origem ao entender que o réu se dedica à atividade criminosa.

Não se olvida os relatos apresentados em juízo. No entanto a minorante em análise visa atenuar a pena daquele indivíduo que não tem a vida volta ao ilícito, sugerindo uma aplicação proporcional da beneficiadora a cada caso em concreto.

*Assim, da análise dos autos constato que o acusado tinha dezoito anos na data do fato e trazia consigo pequena quantidade de entorpecente. Ademais, não verifiquei ao longo do feito elemento probatório que aponte a dedicação exclusiva do réu com atividades ilícitas como meio de vida, nem que integre organização criminosa. Ademais, não ostenta condenações criminais com trânsito em julgado. **No entanto, frente aos termos do art.42 da Lei de Drogas e diante da diversidade e a natureza das drogas apreendidas (crack e maconha), em pequena quantidade, entendo deva ser aplicada em 1/6 (um sexto) a fração de redução da minorante do tráfico privilegiado, por considerar esta razoável e proporcional para o caso em tela, fixando a reprimenda final em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, com o redimensionamento da reprimenda pecuniária para 420 (quatrocentos e vinte) dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo."***

Com efeito, para a **fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso concreto, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

Nesse sentido os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

- Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o caso concreto aponta que foram apreendidas duas espécies de entorpecentes (maconha e cocaína), as quais demonstram a gravidade concreta do delito, a ensejar a necessidade de uma redução menor do quantum da pena, para uma efetiva prevenção e repressão do delito em epígrafe. Ademais, alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes. [...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto em favor do paciente, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006" (HC n. 368.418/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/2/2017, grifo nosso).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO IMPOSTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. FUNDAMENTO VÁLIDO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO SUFICIENTE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, 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 habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.***

4. Hipótese na qual o Tribunal de origem, de forma motivada, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a diversidade e a quantidade de droga apreendida - 42 g de cocaína, 32 g de maconha, 9g de ecstasy, 3 g de haxixe e 5 g de crack -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/3.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena" (HC n. 354.058/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 25/11/2016, grifo nosso).

No presente caso, o eg. Tribunal a quo considerou a natureza e a diversidade da droga apreendida - crack e maconha - para aplicar a causa especial de diminuição de pena no seu patamar mínimo (1/6), existindo, a meu ver, flagrante desproporcionalidade na fração escolhida, o que justifica a concessão da ordem de ofício. Com efeito, a quantidade de droga apreendida não é excessiva. Somando-se a isso a ausência de circunstâncias judiciais negativas, está autorizada a incidência da redutora do tráfico privilegiado em fração acima do mínimo.

Por outro lado, embora a quantidade total das drogas apreendidas não tenha sido muito elevada - **16,86g de crack e 4,15g de maconha** -, a natureza e nocividade de uma delas - crack - enseja uma maior resposta estatal no momento da dosimetria da pena.

Desse modo, entendo suficiente, no caso, a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração intermediária (1/2), reduzindo a pena final imposta para **2 (dois) anos, 6 (seis) meses de reclusão, mais o**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"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 ÍNFINA (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.

[...]

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 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 n. 372.496/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 7/12/2016, grifei).

No que diz respeito ao pleito de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, tenho que a mesma melhor sorte não socorre o paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime de desconto da reprimenda, a jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que a fixação do regime inicial do crime de tráfico de entorpecente deve observar os preceitos constantes dos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal. Nesse sentido os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM FULCRO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA. AFASTAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. NÃO SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS TAMBÉM COM BASE NA NATUREZA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e de outros a eles equiparados.

2. O Tribunal de origem entendeu devida a imposição do regime inicial fechado, sem haver apontado elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso. Assim, considerado o quatum de pena imposto ao sentenciado, a análise favorável das circunstâncias judiciais, a quantidade de drogas apreendida e, ainda, a primariedade do paciente, é forçosa a confirmação da medida liminar anteriormente concedida para estabelecer o regime inicial aberto.

3. Quanto à possibilidade de substituição da pena dos condenados por tráfico de drogas, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

4. O paciente, além de ser primário e possuidor de bons antecedentes, teve a reprimenda-base fixada no mínimo legal e foi beneficiado com a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em grau máximo, a qual visa, justamente, a beneficiar o chamado "traficante ocasional", de modo que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não há como afirmar que a substituição da pena não se mostra uma medida socialmente recomendada.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena e, ainda, determinar que o Juízo das execuções penais, de maneira motivada, analise a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em conta, para tanto, o período em que permaneceu preso" (HC n. 351.722/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 17/5/2016, grifei).

Assim, fixada a pena em **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, e tendo sido a circunstância judicial do art. 42 do Código Penal valorada negativamente, ainda que para modular a fração da redutora do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, na terceira fase da dosimetria, está autorizada a fixação do regime prisional mais rigoroso em sequência, qual seja, o semiaberto, **ex vi** do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Finalmente, importante consignar que o **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, o que não ocorre no presente caso.

De fato, verifico que, embora a pena final tenha sido fixada em patamar abaixo de 4 (quatro) anos, a incidência, no caso, do art. 42 do Código Penal (diversidade e natureza das drogas apreendidas) não recomenda a substituição, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

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

Todavia, concedo a ordem de ofício para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 na fração de 1/2 (meio), reduzindo a pena imposta para **2 (dois) anos, 6 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0192075-3

HC 410.791 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011195420168210105 00253473520178217000 00551012220178217000
01597368820168217000 10521600005100 11195420168210105 1597368820168217000
253473520178217000 551012220178217000 7006945422 70072612328 70072909864

EM MESA

JULGADO: 28/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

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 : OTONIEL MENDONCA DA SILVA

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

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

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