



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.087 - SP (2017/0036058-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ROBERTO ROMANO
ADVOGADO : ROBERTO ROMANO - SP264024
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SEVERINO JOCELIO AVELINO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. 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. Precedentes.

2. 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. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A pretendida desclassificação da conduta imputada ao paciente para a infração penal prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006 é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.

2. No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do *habeas corpus* a reanálise dos motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE INJUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, 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. Atendidos os pressupostos legais à aplicação do benefício, imperiosa a mitigação da pena nos termos do supracitado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dispositivo legal.

3. 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 E PERMUTA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Tratando-se de condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, primário e de bons antecedentes, com quem foi apreendida quantidade de substâncias tóxicas que não se revela expressiva ou elevada, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade, bem como a sua substituição por sanções restritivas de direitos.

2. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, mais pagamento de 166 dias-multa, substituindo-se a sanção reclusiva por restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo competente.

ACÓRDÃO

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), 28 de março de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.087 - SP (2017/0036058-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ROBERTO ROMANO
ADVOGADO : ROBERTO ROMANO - SP264024
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SEVERINO JOCELIO AVELINO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de SEVERINO JOCELIO AVELINO DA SILVA, apontando como autoridade coatora a 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000125-90.2016.8626.0556.

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado como incurso no artigo 33 da Lei 11.343/2006, tendo o magistrado singular desclassificado a sua conduta para a prevista no artigo 28 do aludido diploma legal, condenando-o à pena de advertência sobre os efeitos da droga.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, que foi provido para impor ao réu a reprimenda de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas, ocasião em que determinou a expedição de mandado de prisão em seu desfavor.

Sustenta o impetrante que o acusado não seria conhecido no meio policial, e que a pequena quantidade de entorpecente com ele apreendido seria condizente com a condição de usuário.

Alega que, embora a autoridade impetrada tenha atestado a presença dos requisitos necessários para a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, deixou de aplicar a minorante com base em fundamentos inidôneos.

Argumenta que, com a redução da reprimenda corporal cominada ao réu, ele faria jus à sua substituição por sanções restritivas de direito.

Aduz que o regime fechado para o resgate da pena teria sido imposto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem motivação, com base, unicamente, na gravidade abstrata do ilícito em questão, o que ofenderia o disposto nos enunciados 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, e 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Salienta que o Tribunal Estadual teria determinado a expedição de mandado de prisão contra o paciente sem qualquer justificativa.

Requer a concessão da ordem para que seja restabelecida a sentença de primeiro grau, ou, subsidiariamente, para que seja aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, substituindo-se a reprimenda reclusiva por restritiva de direitos, e fixando-se o regime inicial de resgate de acordo com a sanção aplicada.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 41/42.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 49/52, manifestou-se pela concessão da ordem de ofício para que seja fixado o modo semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade cominada ao paciente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.087 - SP (2017/0036058-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, a desclassificação da conduta imputada ao paciente para a prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006, ou a redução da pena que lhe foi imposta, substituindo-se a sanção reclusiva por restritiva de direitos, e fixando-se regime diverso do fechado para o seu resgate.

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, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

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.

No que se refere à apontada falta de provas de que o paciente teria cometido o delito de tráfico de drogas, é imperioso ressaltar que a instância de origem formou seu livre convencimento de acordo com o conjunto probatório produzido tanto na fase inquisitorial quanto na instrução criminal, concluindo pela existência de autoria e materialidade a ele assestadas.

Após analisar a prova oral colhida no curso do processo, a autoridade impetrada consignou que o narcotráfico estaria plenamente configurado, não só pela natureza dos entorpecentes apreendidos e pela expressiva quantidade de cápsulas vazias encontradas, prontas para serem preenchidas com cocaína, mas também diante das inúmeras denúncias de que ali ocorria a traficância, o que acabou se confirmando (e-STJ fl. 35).

Diante deste panorama fático-processual, a desconstituição do édito repressivo, conforme pretendido no *writ*, demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que motivadamente.

Com efeito, a estreita via do *habeas corpus* não permite reanalisar as razões e motivos pelos quais a instância de origem formou o seu convencimento, especialmente como na hipótese, em que apresentou motivação suficiente à condenação do paciente pela prática do crime de tráfico de drogas, sendo indubitável que, para se concluir de forma diversa seria imprescindível a realização de exame minucioso do conjunto probatório, providência que é inviável de ser adotada no âmbito do remédio constitucional, diante dos seus estreitos limites cognitivos.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- A pretensão de absolvição do paciente ou desclassificação do delito de tráfico para o de uso de drogas demanda aprofundada análise do acervo fático-probatório dos autos, tarefa vedada na via estreita do habeas corpus. Uma vez que o julgador, de forma fundamentada, entendeu pela condenação, não se admite nova incursão nas razões de decidir das instâncias ordinárias.

(...)

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 356.349/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. As pretensões de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 não podem ser apreciadas por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos. (Precedente).

(...)

9. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 349.745/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 03/06/2016)

No que se refere à almejada aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, extrai-se do acórdão impugnado que a sua incidência foi afastada na espécie *"tendo em vista a quantidade de cápsulas vazias encontradas, além das utilizadas no embalo da droga, mais as circunstâncias em que SEVERINO foi surpreendido"*, que evidenciariam o *"seu envolvimento com a máquina criminosa que movimenta o comércio ilícito de entorpecentes"*, tendo ele, inclusive, admitido, *"que sua casa era muito frequentada por usuários de drogas"* (e-STJ fl. 36).

Feitos tais esclarecimentos, sabe-se que o § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas 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.

E, no caso dos autos, constata-se que, embora a instância de origem tenha asseverado haver evidências que indicariam o tráfico habitual de drogas, a quantidade de entorpecente apreendido - 5 (cinco) eppendorfs de cocaína, contendo aproximadamente 1,6 gramas (e-STJ fl. 14) não se revela exorbitante ao ponto de justificar a vedação total do benefício.

Dessa forma, levando-se em conta o pequeno volume da 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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

11.343/2006, no grau máximo, redimensionando a pena da paciente para 1 ano 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)

Assim, considerando-se que a pena-base foi fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, e multa, inexistindo circunstâncias agravantes ou atenuantes, na terceira fase, com a incidência da causa especial de diminuição da pena na fração de 2/3 (dois terços), a reprimenda resta definitiva estabelecida em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Redimensionada a reprimenda final e, tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais, imperiosa a mitigação do regime inicial para o aberto, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do artigo 33, § 3º, alínea "c", do Código Penal.

Nesse norte:

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.

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)

Por fim, reduzida a sanção cominada ao paciente e, tendo em conta que o volume de droga apreendida não é significativo, tanto que a sua reprimenda básica foi fixada no mínimo legal ante a inexistência de circunstâncias judiciais negativas, restam atendidos os requisitos previstos no artigo 44 do Estatuto Repressivo para a substituição da sanção privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo competente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para redimensionar a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo competente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0036058-2

HC 389.087 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001259020168260556 1259020168260556 20170000069135 332016 4072016

EM MESA

JULGADO: 28/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROBERTO ROMANO
ADVOGADO : ROBERTO ROMANO - SP264024
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SEVERINO JOCELIO AVELINO DA SILVA (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.