



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.565 - RJ (2015/0304732-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RAFAEL ASSIS DA SILVA

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. 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 ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. INCIDÊNCIA DA FRAÇÃO EM 2/3 (DOIS TERÇOS). 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 minorante em razão da quantidade do estupefaciente apreendido, entretanto, o volume da referida droga não é elevada ao ponto de afastar a benesse.

4. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 2/3 (dois terços).

REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO.

Reduzida a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos, mister a readequação do regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 3º, alínea c, do CP.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NÃO PREENCHIMENTO. REPROVABILIDADE DO DELITO.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito mostra-se possível quando encontram-se atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.
2. No presente caso, não se encontram preenchidos os pressupostos necessários à conversão da pena privativa de liberdade, haja vista as circunstâncias do crime noticiado.
3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mais multa, e alterar o regime inicial para o aberto.

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), 27 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.565 - RJ (2015/0304732-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RAFAEL ASSIS DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de RAFAEL ASSIS DA SILVA contra acórdão proferido no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade na Apelação n. 0079971-15.2013.8.19.0021, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao recurso, mantendo a condenação à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, 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 grau máximo, haja vista sua primariedade e a ausência de indícios que demonstrassem dedicação à atividade delituosa ou participação em organização criminosa.

Alega que o Tribunal de origem teria incorrido em indevido *reformatio in pejus*, porquanto teria apresentado novo fundamento ao vedar a incidência da minorante acima referida.

Defende que, com a aplicação do redutor, seria possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, de acordo com o art. 44 do Código Penal.

Aduz que seria cabível a fixação do regime aberto para início do cumprimento da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja redimensionada a pena, abrandado o regime prisional e a convertida a pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações foram prestadas.

O MPF manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.565 - RJ (2015/0304732-2)

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:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO MATERIAL. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO SENTIDO DE QUE AS CONDUTAS PRATICADAS TINHAM DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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.

[...]

(HC 366.638/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016)

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 (cinco) ano de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, porque:

"O réu transportava sem autorização legal ou regulamentar, 8,30 g de cloridrato de cocaína, em 05 embalagens



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

plásticas transparentes." (e-STJ fl. 106)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte a quo, a qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório.

Contra a decisão, a defesa apresentou embargos infringentes e de nulidade, os quais foram improvidos.

No que se refere à manutenção do afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pelo Tribunal de origem, observa-se que a decisão no apelo defensivo foi assim proferida, *verbis*:

"[...] Neste caminhar, impõe-se destacar haver sido o réu detido em ponto de venda de drogas, haver a defesa dispensado a oitiva de testemunhas, que poderiam trazer algum elemento hábil a mitigar a imputação, ou bem admitir-se a aplicação do artigo 33, § 4º, conforme requerido, haja vista que para sua aplicação não basta a primariedade e pequena quantidade de droga apreendida, mormente quando por elemento de prova não invalidado, ou ao menos tornado plausível a versão defensiva, persistem unicamente elementos que corroborem a imputação.

Há de ser destacado, que a não aplicação do artigo 33, § 4º da LD, pauta-se pelos depoimentos prestados pelos policiais cuja eficácia probatória manteve-se hígida por toda a instrução, evidenciando que embora de modo não contínuo, o apenado dedica-se a atividades criminosas.

Também ressalva-se, que a prática de venda de drogas, conforme apura-se rotineiramente, é sempre realizada tendo o traficante à mão apenas pequena quantidade do material, com vistas a se detido, apresentar-se como usuário e livrar-se solto." (e-STJ fl. 107)

Em embargos infringentes e de nulidade, ratificou o indicado posicionamento, *verbis*:

"[...] No tocante à incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, com razão o voto vencedor ao afastá-lo.

É certo que a referida redução da pena mostra-se cabível em situações excepcionais, desde que presentes todos os requisitos, já que a intenção do legislador foi de diferenciar o traficante ocasional/iniciante do habitual.

Insta observar que o fato de o embargante ser primário e possuir bons antecedentes não o impedem de exercer a atividade de mercancia, como acontece na presente hipótese.

Da prova colhida em juízo, verifica-se que o embargante foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preso em frente ao local afamado como boca de fumo e teria informado aos policiais, quando da abordagem, que apesar de se dizer trabalhador, fazia "estica" - pegava a droga e revendia- , evidenciando que este praticava e estava envolvido com o tráfico de entorpecentes.

Como é de conhecimento de todos, nas localidades onde são comandadas por facções criminosas, é impossível que alguém realize o comércio ilícito sem pertencer a essas organizações espúrias ou aliar-se aos seus "chefes".

Assim, as circunstâncias fáticas do delito e a natureza da droga impedem o reconhecimento do tráfico privilegiado."
(e-STJ, fl. 112)

No caso em apreço, a Corte impetrada, ao negar provimento ao pleito defensivo, manteve o afastamento da incidência do redutor por entender que as provas constantes dos autos, especialmente os depoimentos dos policiais, que o paciente se dedicaria a atividades criminosas, justificando o decote do benefício, pois indicaria não ser a hipótese de traficância eventual.

Todavia, observa-se que a motivação apresentada para excluir o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas mostra-se inidônea, porquanto, o volume do estupefaciente - 8,30 g de cloridrato de cocaína, não se mostra exorbitante ao ponto de impedir sua incidência.

Faz-se imperioso, portanto, reconhecer o manifesto constrangimento ilegal neste ponto, em razão da ausência de motivação suficiente a legitimar o afastamento da indicada minorante. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso concreto a redução em 2/3 (dois terços).

Passando-se a dosimetria, tem-se que a pena-base foi fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, e multa, a qual permaneceu inalterada, na segunda fase, em razão da ausência de agravantes ou atenuantes (e-STJ fl. 110).

Na última etapa, reduzindo-se a sanção em 2/3 (dois terços), a reprimenda resta definitiva em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa.**

Redimensionada a sanção final, necessário o abrandamento do regime inicial para o aberto, tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a fixação da pena-base no mínimo legal, em conformidade com o disposto no art. 33, § 2º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alínea c, do CP.

Por fim, em relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há falar em constrangimento ilegal, pois tem-se que a conversão da sanção reclusiva não se mostra suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado, haja vista as circunstâncias do delito, evidenciada especialmente pela natureza da droga apreendida - cocaína.

Acerca do tema, o seguinte julgado deste Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A imposição de regime inicial mais gravoso para o início de cumprimento da pena, com base na natureza e na quantidade de droga apreendida, constituem fundamento idôneo, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

2. Do mesmo modo, tais circunstâncias impedem a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 789.190/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 14/12/2016)

Por fim, no tocante à alegação de que o Colegiado estadual teria incorrido em *reformatio in pejus* ao introduzir novo fundamento, em recurso exclusivo da defesa, para justificar a não incidência da minorante da Lei de Drogas, ressalte-se que o pleito encontra-se prejudicado, tendo em vista a concessão da benesse por esta Corte Superior.

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 **reduzir a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mais 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa e alterar o regime inicial para o aberto**, mantido, no mais, o acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0304732-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 343.565 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00017038720138190039 17038720138190039

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: RAFAEL ASSIS DA SILVA

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.