



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.561 - RS (2016/0259971-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : BRUNO MACHADO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do referido redutor em seu patamar mínimo, sendo imperiosa a aplicação da minorante no *quantum* de 2/3, redimensionando-se a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 ano e 8 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 02 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.561 - RS (2016/0259971-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : BRUNO MACHADO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de BRUNO MACHADO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Crime nº 0148612-16.2013.8.21.7000).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa, pela prática descrita no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, extraindo-se da sentença o seguinte:

O réu não registra antecedente com condenação definitiva, assim, seus registros não serão valorados, conforme Súmula 444 do STJ. Conduta social desfavorável, pois além deste processo, ainda, responde pela prática de receptação, posse e tráfico de drogas (fls. 174/175). Personalidade sem elementos nos autos. Os motivos inerentes ao tipo penal. Circunstâncias graves, em razão da grande quantidade de drogas apreendida em poder do réu. Conseqüências comuns à espécie. Não há que se falar de participação da vítima. Nesse cotejo, apresenta-se a culpabilidade do agente em seu grau ordinário, estando ele, também, consciente da ilicitude de sua conduta, sendo-lhe, perfeitamente, exigível um comportamento diverso.

Isso posto, fixo a pena-base em 05 anos de reclusão.

Ausentes outras causas modificadoras, torno definitiva a pena de 05 (cinco) anos de reclusão.

Fixo a pena de multa, tendo em vista a situação econômica do réu e as circunstâncias judiciais, em 500 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

A pena privativa de liberdade será cumprida em regime fechado, conforme prevê o art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, por tratar-se de crime equiparado a hediondo.

O réu poderá interpor recurso em liberdade, pois ausentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal (fls. 206/211).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, à qual o Tribunal *a quo* deu parcial provimento para determinar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º, da Lei de Drogas, fixando sua pena carcerária em 4 anos e 2 meses de reclusão:

(...)

Bem posto, pois, o decreto condenatório.

De igual bordo, bem andou o Magistrado sentenciante na dosimetria da pena, ao fixar a sanção corporal em 05 (cinco) anos de reclusão, sendo inviável o redimensionamento da reprimenda em patamar aquém do mínimo legal, por força da vedação contida na Súmula 231, do STJ.

Outrossim, faz jus o apelante ao reconhecimento do tráfico na modalidade privilegiada, conforme previsão do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei Antidrogas.

A minorante em comento especifica que é permitido ao julgador reduzir a pena à fração de um sexto a dois terços, na hipótese de ser réu ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, e tampouco integrar organização criminosa.

Com base no dispositivo supracitado, pretende a lei, por motivos de política criminal, distinguir o traficante eventual e não integrante de organização criminosa daquele profissional dedicado às atividades criminosas e integrante desse tipo de organização, buscando punir mais levemente o primeiro. Para tanto, faz-se necessário que o agente integre, em conjunto, os quatro requisitos especificados.

Com efeito, no caso vertente, o réu é primário e não ostenta maus antecedentes, registrando apenas inquéritos e processos penais em andamento, os quais, conforme jurisprudência unânime, consubstanciada na Súmula nº 444 do STJ, não podem ser valorados em desfavor do réu. Não há, tampouco, elementos a demonstrar que o acusado se dedicasse às atividades ilícitas ou integrasse organização criminosa, preenchendo o réu os requisitos necessários à benesse.

Assim, considerando que houve a apreensão de certa quantidade de crack e cocaína, drogas altamente lesivas perante a saúde pública, reduzo a basilar à fração mínima de 1/6, com fundamento da natureza e pluralidade dos entorpecentes, restando definitiva a reprimenda em **04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão**.

Seguindo os mesmos pressupostos, estabeleço a pena pecuniária em **420 (quatrocentos e vinte) dias-multa**, ressaltando que a pena acessória deve modular-se à sanção principal.

Incabível, todavia, a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direito, tendo em vista a pena aqui redimensionada e fixada em patamar superior a 04 (quatro) anos de reclusão, não se encontrando presentes os requisitos exigidos pelo artigo 44, do Código Penal.

Em derradeiro, estabeleceu o Juízo *a quo* o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, em alusão direta ao artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90.

Reconheceu o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, todavia, a inconstitucionalidade da fixação obrigatória do regime inicial fechado nos crimes hediondos e nos equiparados, como o tráfico, uniformizando, no seio dos tribunais superiores, a observância dos requisitos do art. 33, do Código Penal, na delimitação do regime.

Nesse sentido é a posição adotada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Assim, mercê do precedente citado, cada caso deverá ter seu regime estabelecido a partir de determinadas circunstâncias, com a prevalência do disposto no art. 33, do CP.

Na situação telada, a despeito da primariedade do réu e do *quantum* da pena fixado em patamar inferior a 08 (oito) anos de reclusão, verifico que as circunstâncias do fato em apreço, em que houve a apreensão de *crack* e cocaína em poder do réu, substâncias de alto poder lesivo perante a saúde pública, não recomendam o cumprimento da pena pelo apelante em condição mais branda, mantendo-se o **inicial fechado**, embora com fulcro no artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal, associado ao comando do art. 42, da Lei de Drogas.

Ante o exposto, **rejeito as preliminares** arguidas e **dou parcial provimento** ao recurso, para o fim de reconhecer a incidência do tráfico privilegiado em favor do réu, reduzindo as penas nos patamares acima estabelecidos (fls. 290/293).

Daí o presente *mandamus*, em que sustenta a impetrante, em suma, que o paciente faz jus ao redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo, salientando que é primário e que "o legislador não afetou a concessão do benefício legal à quantidade ou qualidade da droga apreendida, enquanto que o entendimento deste Egrégio Superior tem sido no sentido de que estas variáveis devem ser compreendidas como vetores da dosimetria."

Pleiteia a fixação do regime semiaberto de cumprimento da pena, considerado-se a pena imposta, o fato de que o paciente não é reincidente e sequer possui antecedentes e de que "nada pode ser dito quanto à conduta social e a personalidade do mesmo, eis que inexistem informações quanto a estes aspectos."

Ao final, alega que deve ser deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como consequência da aplicação da redutora em tela.

Requer, liminarmente e no mérito, seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, bem como a concessão de regime de cumprimento de pena mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 305/308.

Foram prestadas informações às fls. 316/318 e 320/348.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria Hilda Marsiaj Pinto, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 352/357).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.561 - RS (2016/0259971-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do referido redutor em seu patamar mínimo, sendo imperiosa a aplicação da minorante no *quantum* de 2/3, redimensionando-se a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 ano e 8 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Razão assiste ao impetrante.

Para melhor deslinde da controvérsia, cumpre transcrever excerto do acórdão proferido em sede de apelação:

(...) considerando que houve a apreensão de certa quantidade de *crack* e cocaína, drogas altamente lesivas perante a saúde pública, reduzo a basilar à fração mínima de 1/6, com fundamento da natureza e pluralidade dos entorpecentes, restando definitiva a reprimenda em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão (fl. 291).

Com efeito, o Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do referido redutor em seu patamar mínimo.

Ora, muito embora haja variedade de drogas, tratando-se de entorpecentes de elevado potencial lesivo - *crack* e cocaína -, não se mostra expressiva a quantidade apreendida em poder do paciente - 3,93 g e 2,2g, respectivamente (fl. 9) -, a ponto de ensejar a aplicação da minorante em patamar inferior ao máximo.

Nesse contexto, a meu ver, há ilegalidade, porquanto a existência de uma graduação de 1/6 a 2/3 reclama decisão fundamentada com base nos elementos do caso concreto.

É certo que, em regra, o *habeas corpus* não é a via adequada para se discutir pena, entretanto, em casos deste jaez, em que a ilegalidade é flagrante, não se mostra impróprio. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. APLICAÇÃO EM PATAMAR MÍNIMO MANTIDA PELO TRIBUNAL A QUO COM BASE EM NOVOS FUNDAMENTOS. SITUAÇÃO DO PACIENTE NÃO AGRAVADA. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. 3. REDUÇÃO DA PENA EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA APLICAR A CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA EM SEU PATAMAR MÁXIMO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Não se configura *reformatio in pejus* quando o Tribunal de origem se manifesta acerca da causa de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 sem, todavia, alterar seu cálculo, mantendo a situação do réu, tal como disposta na sentença.

3. A escolha da fração redutora referente à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, fica a cargo e critério



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do julgador, que deverá fundamentar sua decisão, sob pena de se conferir ao réu o direito de ver a pena diminuída no grau máximo. A ausência de fundamentação, no entanto, equivale à inexistência de motivos para impedir que o réu faça jus ao benefício, em toda a sua extensão. À minguagem de qualquer fundamentação em sentido diverso no acórdão atacado, deve ser assegurada ao paciente a redução da pena em 2/3 (dois terços).

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para aplicar a causa de redução da pena no patamar de 2/3 (dois terços), reduzindo-se a reprimenda para 1 (um) ano e 8 (oito) meses, a serem cumpridos em regime aberto, possibilitando-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juiz da Execução.

(HC 260934/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 29/04/2013)

HABEAS CORPUS. HIPÓTESES DE CABIMENTO. TRÁFICO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PATAMAR ESTABELECIDO EM UM SEXTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR PENA RESTRITIVA. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte tem refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção. Assim, verificada hipótese de dedução do writ em lugar do recurso próprio, impõe-se o não conhecimento da impetração, nada obstando que, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, se defira ordem de ofício, como forma de desconstituir o constrangimento ilegal.

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. Na hipótese, nada foi dito pelo Relator na origem que justificasse a aplicação da causa de diminuição em patamar mínimo, mas, ao contrário, toda explanação se direcionou em benefício do paciente, tendo sido destacada a primariedade e a pequena quantidade de entorpecente apreendido (13,6 gramas de cocaína).

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas recaídas sobre o paciente, fixando-as, definitivamente, em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa e, de outro, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, substituindo-a por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e na limitação de fim de semana, a serem implementadas pelo Juízo das execuções.

(HC 177426/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 30/04/2013)

Na espécie, ante a ausência de fundamentação idônea para a redução apenas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 1/6, é cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3, sendo imperioso o redimensionamento da pena para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 ano e 8 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

Ante do exposto, **não conheço** do writ. **Concedo a ordem, de ofício**, a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0259971-7

HC 373.561 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00585429520108210035 03521000058549 3521000058549 585429520108210035
70054239850

EM MESA

JULGADO: 02/02/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : BRUNO MACHADO

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.