



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 421.275 - RJ (2017/0272266-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : LUCAS OLIVEIRA FERNANDES (PRESO)

EMENTA

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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. MAJORANTE DO ART. 40, VI, DA LEI N. 11.343/2006. FIXAÇÃO DE ÍNDICE DE AUMENTO EM 1/4. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. READEQUAÇÃO À FRAÇÃO MÍNIMA (1/6) REGIME PRISIONAL (SEMIABERTO). ADEQUADO À SANÇÃO IMPOSTA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE PARCIALMENTE 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro na forma de acondicionamento dos entorpecentes (220g de maconha, distribuídas em 8 tabletes envoltos em plástico com identificação da facção criminosa Terceiro Comando Puro - TCP), assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento – para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

4. Segundo reiterados julgados desta Corte, a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40 da Lei n. 11.343/2006, quando estabelecida acima da fração mínima, exige motivação concreta. (Precedentes).

5. Hipótese em que o Tribunal de origem manteve a incidência da majorante pelo envolvimento de menor na prática delitiva na fração de 1/4, sem apresentar fundamento idôneo para justificar o *quantum* estabelecido. Manifesta ilegalidade verificada, redução do índice ao patamar mínimo (1/6).

6. Mantida a sanção imposta em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, ficam inviabilizadas a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, "b", e 44, I, ambos do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a fração de incidência da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei de Drogas para 1/6, ficando a reprimenda final em 5 anos e 10 meses de reclusão mais pagamento de 583 dias-multa, mantido o regime semiaberto.

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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 421.275 - RJ (2017/0272266-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : LUCAS OLIVEIRA FERNANDES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **LUCAS OLIVEIRA FERNANDES**, em que aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 750 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, c.c o 40, IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo, para afastar causa de aumento prevista no art. 40, IV, da Lei de Drogas, ficando a reprimenda em 6 anos e 3 meses de reclusão e pagamento de 625 dias-multa, mantida no mais a sentença.

Neste *writ*, alega o imperante ser indevido o afastamento do redutor do tráfico privilegiado com base apenas na dedução de o paciente se dedicar ao tráfico de entorpecentes, por ter sido preso em comunidade carente. Aduz ser desproporcional o aumento da pena em 1/4, pela incidência do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, sem a apresentação de justificativa para tanto. Sustenta, por fim, ser cabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos e a fixação do regime inicial mais brando, caso acolhido os pleitos de redução da sanção imposta.

Requer, assim, a aplicação do redutor no patamar máximo (2/3), a diminuição do patamar da causa de aumento para 1/6, o estabelecimento do regime aberto e o deferimento da permuta legal.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 58-60).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 68-77).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 79-83).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 421.275 - RJ (2017/0272266-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : LUCAS OLIVEIRA FERNANDES (PRESO)

EMENTA

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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. MAJORANTE DO ART. 40, VI, DA LEI N. 11.343/2006. FIXAÇÃO DE ÍNDICE DE AUMENTO EM 1/4. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. READEQUAÇÃO À FRAÇÃO MÍNIMA (1/6) REGIME PRISIONAL (SEMIABERTO). ADEQUADO À SANÇÃO IMPOSTA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE PARCIALMENTE 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. 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 integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro na forma de acondicionamento dos entorpecentes (220g de maconha, distribuídas em 8 tabletes envoltos em plástico com identificação da facção criminosa Terceiro Comando Puro - TCP), assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento – para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

4. Segundo reiterados julgados desta Corte, a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40 da Lei n. 11.343/2006, quando estabelecida acima da fração mínima, exige motivação concreta. (Precedentes).

5. Hipótese em que o Tribunal de origem manteve a incidência da majorante pelo envolvimento de menor na prática delitiva na fração de 1/4, sem apresentar fundamento idôneo para justificar o *quantum* estabelecido. Manifesta ilegalidade verificada, redução do índice ao patamar mínimo (1/6).

6. Mantida a sanção imposta em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, ficam inviabilizadas a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, "b", e 44, I, ambos do CP.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fração de incidência da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei de Droga para 1/6, ficando a reprimenda final em 5 anos e 10 meses de reclusão mais pagamento de 583 dias-multa, mantido o regime semiaberto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Juízo sentenciante, ao condenar o paciente à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, procedeu da seguinte forma no cálculo penal:

"DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Muito embora não existam dados concretos a lastrear uma condenação do crime de associação, certo é que o caso em julgamento não comporta a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, tal qual postulado defesa.

Deveras, embora não se possa cogitar de crime de associação ao tráfico, tem-se a total possibilidade de se concluir que o réu se dedicava a atividades criminosas, notadamente porque o local da venda em que a droga foi apreendida é dominado por uma das facções criminosas que impulsionam o tráfico em Nova Iguaçu.

Com efeito, considerando os fatos constantes dos autos, a forma com que a droga se encontrava acondicionada, as circunstâncias da prisão e o local da apreensão ser conhecido como próprio do tráfico, infere-se que o réu não pode ser considerado como simples traficante.

[...]

Assim, em que pese não ter restado delineado, de forma cabal, a prática da associação, verifica-se, por outro lado, que não se está a cogitar da causa de diminuição da pena do art. 33, 4º da Lei 11.343/06, uma vez que ausentes seus requisitos legais.

[...]

III — Da conclusão

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para condenar LUCAS OLIVEIRA FERNANDES nas penas previstas nos arts. 33, caput, c/c 40, IV e VI, da Lei 11.343/06, absolvendo-o das imputações referentes ao arts. 16, parágrafo único, da Lei 11.343/06 e art. 35 da lei 11.343/06, na forma do art. 386, VII do CPP.

Sendo assim, passo a dosimetria da pena do réu em observância às diretrizes traçadas pelos artigos 59 e 68 do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/06.

Com efeito, considero necessária e suficiente para a reprovação do crime que a pena base seja fixada no seu mínimo legal, já que assim indicam as circunstâncias do art. 59, pois a prática delituosa foi cometida dentro do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o próprio tipo penal prevê, sem que tenha ocorrido qualquer situação extraordinária que vindicasse um maior grau de reprovabilidade em virtude da culpabilidade do agente.

Além do mais, assim também se justifica em razão da quantidade de droga apreendida, sem perder de vista que o acusado não possui maus antecedentes, conforme se vê de sua FAC acostada às fls. 162/165.

Dessa forma, fixo-a em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase de regramento, vislumbro a presença da atenuante da menoridade, a qual, contudo, deixo de valorar em razão de a pena base ter sido fixada no mínimo legal, considerando o que reza o verbete sumulado n. 231 do STJ.

Assim, a reprimenda permanece em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria, verifica-se a presença das causas especiais de aumento da pena, previstas nos incisos IV e VI do art. 40 da Lei 11.340/06, de modo que para a prática delituosa o acusado se valeu de adolescente, bem como de artefato explosivo como processo de intimidação difusa ou coletiva, conforme já exposto na fundamentação, de maneira que tenho por bem em aplicar o aumento em 1/2, ante o fato de serem duas granadas, razão pela qual a pena passa para o quantitativo de 07 (sete) anos e 6(seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa". (e-STJ, fls. 31-35)

A Corte de origem, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo, tão somente para afastar a causa de aumento do art. 40, IV, da Lei de Droga, reduziu a pena do paciente para 6 anos e 3 meses de reclusão, em decisão assim motivada:

"Outrossim, verifica-se que a causa especial de aumento das penas, contemplada no inciso VI, do artigo 40 da Lei de Drogas, está devidamente caracterizada, uma vez que os elementos dos autos indicam que a prática dos delitos envolveu o adolescente infrator Paulo Ricardo Dias de Souza.

Por outro lado, em relação a causa de aumento prevista no inciso IV do mesmo dispositivo legal, tenho que não restou caracterizada no caso concreto. Ainda que não se ignore a realidade presente nas localidades dominadas pelas facções criminosas, em que os membros destas organizações fazem uso constante de armamentos como forma de intimidação difusa, para garantir o controle sobre tais comunidades, é certo que, na presente hipótese, a negativa do recorrente e do menor restaram amparadas pelo depoimento do policial militar Marco Aurélio, o qual não atribuiu a posse dos artefatos explosivos à dupla capturada.

Em relação à aplicação da causa especial de diminuição de penas prevista no § 4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 ao recorrente, o pedido não merece acolhimento. O Legislador criou tal causa especial de redução de penas objetivando abrandar a situação do agente que, sendo primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. No presente caso, restou comprovado que o recorrente comercializava drogas em local dominado pela facção criminosa "Terceiro Comando Puro", evidenciando que o apelante se dedicava a atividades criminosas o que é incompatível com a aplicação da causa de diminuição de pena pleiteada.

Passo a dosimetria da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mantidas as penas-base aplicadas pelo Juízo de 1º grau, deve ser revista a dosimetria na terceira fase em razão da exclusão da causa de aumento descrita no artigo 40, inciso IV. Dessa forma, fixo o aumento de pena, nesta fase, em 1/4 (um quarto), pelo reconhecimento exclusivo da causa de aumento presente no artigo 40, inciso VI da Lei nº 11.343/06, restando a pena consolidada em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa". (e-STJ, fls. 53-54).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percutiente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

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.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, as instâncias ordinárias afastaram a incidência da minorante, por entenderem que, além da forma de acondicionamento das drogas (220g de maconha, distribuídas em 8 tabletes envoltos em plástico com identificação da facção criminosa Terceiro Comando Puro - TCP), a circunstância da prisão em flagrante, ocorrida em local de intenso tráfico, de domínio da referida organização criminosa, denotam a habitualidade do paciente na prática delitiva do tráfico de entorpecentes.

Desse modo, assentado pelas instâncias antecedentes, soberanas na análise dos fatos, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

A propósito:

"[...]

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

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; d) não integre organização criminosa.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem concluíram, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, na confissão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parcial do corréu, e na quantidade de entorpecentes apreendida, que se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

[...]

2. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 384.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017);

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

[...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

[...]

Habeas corpus denegado."

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Por outro lado, quanto à fração de incidência da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, melhor sorte socorre ao impetrante.

Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima.

Na hipótese, o Tribunal *a quo*, ao manter a incidência da majorante pelo envolvimento de menor na prática delitiva, não observou a jurisprudência desta Corte sobre o tema, pois elevou a pena em 1/4 sem a indicação de fundamentação alguma para o patamar escolhido. Dessa forma, impõe-se o redimensionamento para a percentual mínimo (1/6).

Cito, a propósito, os seguintes precedentes:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASES FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CULPABILIDADE, MOTIVOS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ELEMENTOS DO PRÓPRIO TIPO. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, V E VI, DA LEI 11.343/2006. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

V - Na terceira fase, a aplicação da causa de aumento, prevista no art. 40, V e VI, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/2 não está devidamente fundamentada, razão pela qual deve ser reduzida em seu percentual mínimo (1/6).

VI - Na espécie, a não aplicação, pelas instâncias ordinárias, da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, está devidamente fundamentada, tendo em vista o paciente ter sido condenado, outrossim, pelo crime de associação para tráfico, não preenchendo, portanto, os requisitos legais para a concessão da benesse. (Precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para redimensionar as penas impostas ao paciente, tornando-a definitiva, em razão da regra do art. 69, do Código Penal, em 9 (nove) anos e 11 (onze) meses de reclusão."

(HC 392.163/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 6/6/2017);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE DE CRENÇA E DE CONSCIÊNCIA. ART. 5º, VI, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA, AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO E DA MAJORANTE DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DO ART. 33, 4º, DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO DA ORDEM DE SEQUESTRO E PERDIMENTO DE BENS. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (6KG DE MACONHA). AUMENTO DA MAJORANTE DO ART. 40, VI, DA LEI 11.343/2006 EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6 DESPROPORCIONAL ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. INADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NOVA ORIENTAÇÃO DO STF. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO, APENAS PARA REDUÇÃO DA MAJORANTE DO ART. 40, VI, DA LEI 11.343/2006 PARA A FRAÇÃO DE 1/6, TOTALIZANDO A PENA 10 ANOS, 3 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO.

[...]

6. A jurisprudência desta Corte preceitua que a aplicação das majorantes do art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta quando estabelecida acima da fração mínima. No caso, considerando as circunstâncias em que praticado o ilícito, mostra-se razoável e proporcional a incidência da fração de 1/6, que atende à reprovação da conduta.

7. Esgotadas as instâncias ordinárias, não há mais falar em prisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preventiva, mas em execução provisória da pena, autorizada pelo STF por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP/SP e ARE 964.246/SP, este último sob o regime de repercussão geral.

8. Agravo regimental parcialmente provido, apenas para alterar a fração de aumento de pena pela majorante do art. 40, VI, da Lei 11.343/2006 para 1/6, totalizando a reprimenda 10 anos, 3 meses e 20 dias de reclusão."

(AgRg no AREsp 593.952/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 1º/8/2017).

Passo à readequação da pena.

A pena-base foi fixada em 5 anos de reclusão, a qual ficou mantida na etapa seguinte pela impossibilidade de se reduzir a sanção a patamar inferior ao mínimo, nos termos da Súmula 231 do STJ. Na terceira fase, pelo reconhecimento da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, aumento a pena em 1/6, ficando a reprimenda final em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais pagamento de 583 dias-multa.

Por fim, mantida a sanção imposta em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, ficam inviabilizadas a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, "b", e 44, I, ambos do Código Penal.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem, de ofício, para reduzir a fração de incidência da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei de Drogas para 1/6, ficando a reprimenda final em 5 anos e 10 meses de reclusão mais pagamento de 583 dias-multa, mantido o regime semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0272266-3

HC 421.275 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00710833520158190038 052088952015 52088952015 710833520158190038

EM MESA

JULGADO: 05/12/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA IRANEIDE OLINDA SANTORO FACCHINI

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	: LUCAS OLIVEIRA FERNANDES (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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.