



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 395.574 - SP (2017/0081752-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL DO NASCIMENTO FEITOZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. As instâncias de origem não lograram fundamentar de maneira idônea o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porquanto não declinaram elementos concretos dos autos aptos a demonstrar a efetiva dedicação do paciente às atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa. Imperiosa, pois, a aplicação da minorante no *quantum* de 2/3, redimensionando-se a pena para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 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 inferior a 4 anos 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. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 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, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 03 de agosto de 2017 (Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 395.574 - SP (2017/0081752-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL DO NASCIMENTO FEITOZA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL DO NASCIMENTO FEITOZA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0015540-52.2014.8.26.0114).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 14.1.2015, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 583 dias-multa, por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/06, c.c. o artigo 29 do Código Penal. Foi-lhe vedado o apelo em liberdade. Colhe-se o seguinte excerto do édito condenatório:

Passo, pois, à individualização da pena do acusado. A) Pena-base: observadas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal fixo a pena-base em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. B) Circunstâncias atenuantes e agravantes; nada a considerar. Quanto a confissão, ela foi apenas parcial, insuficiente para atenuar a pena. (...). C) Causas de aumento e diminuição de pena: 1) a traficância envolveu adolescente, razão pela qual, nos termos do artigo 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, elevo a pena em 1/6, resultando na reprimenda de 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, unidade igual a 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. 2) A redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas mostra-se inviável. Realmente, além de ter sido surpreendido com grande quantidade e diversidade de substâncias, bem como dinheiro, o acusado não demonstrou possuir ocupação lícita, o que indica o seu envolvimento na atividade criminosa de disseminação da droga como meio de seu sustento, inviabilizando a aplicação da mencionada causa de diminuição, que visa beneficiar apenas e tão somente o pequeno e eventual traficante, razão pela qual torno definitiva a pena retro aplicada. (...) D) Apelar em liberdade: o réu esteve preso durante todo o processo e foi condenado por crime equiparado a hediondo, de todo que deve permanecer no cárcere para recorrer como garantia da ordem pública. (...). E) Regime de cumprimento de pena: fechado, o único cabível para o caso, por expressa previsão legal nos termos das Leis n.ºs 8.072/90 e 11.464/07, dispositivos que se encontram em plena vigência e eficácia, cabendo ao Juízo das Execuções analisar os requisitos subjetivos e objetivos do acusado para a concessão de eventuais benefícios (CP, art. 33, §§ 2º e 3º e CPP, art. 387, § 2º). Isto posto e pelo que mais dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva manifestada na denúncia que deu início a este processo n.º 705/14 e CONDENO O RÉU RAFAEL DO NASCIMENTO FEITOZA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RG nº 71.302.267/SP, a cumprir 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e a pagar 583 dias-multa, unidade igual a 1/30 do salário mínimo vigente a época dos fatos, por infração à norma do artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11343/06, c.c. o 29 do Código Penal (fls. 28/31).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao apelo. Confira-se o teor do aresto:

Quanto à redutora do § 4º, observe-se que inviável sua aplicação, considerando a elevada quantidade de entorpecentes apreendidos (um total de 133 porções), sua variedade (maconha e haxixe), o que revela dedicação a atividades criminosas, e especialmente o fato de praticar o delito associado a outra pessoa (no caso, menor de idade), o que também indica certa estrutura destinada à venda de drogas, e impede a incidência da benesse.

Em relação ao pedido de conversão da reprimenda privativa de liberdade em restritiva de direitos, observe-se que, em que pese a recente edição da Resolução nº 5 do Senado Federal, que suspendeu a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", presente no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, tal benefício não é possível diante das circunstâncias do caso concreto, tendo em vista os efeitos nocivos do crime de tráfico de entorpecentes, que geram profundas feridas na sociedade atual, e revelam a postura indiferente adotada pelo agente com relação à saúde pública e o bem estar social, o que vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III. do art. 44. do Código Penal (CP), qual seja, "os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente

Desta feita, embora o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é cabível na espécie, uma vez que seria insuficiente à prevenção e repressão do ilícito penal (art. 44, inciso III. do CP).

(...)

Por fim, inviável que o regime prisional inicial seja diverso do fechado, em razão da existência de expressa proibição legal (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), vedação esta que não se mostra maculada de inconstitucionalidade, considerando que a CF preconizou tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos ou a eles equiparados (art. 5º, XLIII).

E tal tratamento mais severo corresponde à eficiente medida político-criminal, que visa a harmonizar a legislação pátria aos tratados internacionais relacionados ao combate à traficância, os quais o País é signatário.

Ademais, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos, o que faz com que a conduta do réu mereça maior reprovabilidade por parte do Estado. Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO à presente apelação, nos termos da fundamentação exposta (fls. 92/94).

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante assere ser cabível a aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, no seu patamar máximo.

Alega que "a baixa quantidade e natureza de entorpecente não se presta como fundamento válido a afastar a redução legal, já que a decisão teve por motivo real a consideração sobre a gravidade abstrata do delito" (fl. 5).

Sustenta que, com a aplicação da referida minorante, o acusado fará jus a iniciar o cumprimento da pena imposta em regime aberto, tendo em vista a quantidade da reprimenda e considerando o disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Enaltece ser incabível a fixação do regime mais gravoso com base na gravidade abstrata do delito.

Invoca os enunciados n.º 718 e n.º 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 da Súmula desta Corte Superior.

Pontua que "o paciente também tem direito ao regime prisional aberto, ao se computar o tempo de prisão provisória, nos termos do artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, já que está preso provisoriamente desde 23 de abril de 2014" (fl. 14).

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da redutora constante do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 e a modificação do regime inicial de cumprimento da sanção para o aberto.

A liminar foi indeferida às fls. 101/103.

Foram prestadas informações às fls. 110/174.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Marcelo Muscogliati, pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão parcial da ordem, "tão somente para que o regime inicial seja readequado" (fls. 177/183).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 395.574 - SP (2017/0081752-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. As instâncias de origem não lograram fundamentar de maneira idônea o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porquanto não declinaram elementos concretos dos autos aptos a demonstrar a efetiva dedicação do paciente às atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa. Imperiosa, pois, a aplicação da minorante no *quantum* de 2/3, redimensionando-se a pena para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 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 inferior a 4 anos 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. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 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:

Busca-se, por meio da presente impetração, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, bem como a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Para melhor deslinde da controvérsia, mister transcrever excerto do édito condenatório:

A redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas mostra-se inviável. Realmente, além de ter sido surpreendido com grande quantidade e diversidade de substâncias, bem como dinheiro, o acusado não demonstrou possuir ocupação lícita, o que indica o seu envolvimento na atividade criminosa de disseminação da droga como meio de seu sustento, inviabilizando a aplicação da mencionada causa de diminuição, que visa beneficiar apenas e tão somente o pequeno e eventual traficante, razão pela qual torno definitiva a pena retro aplicada (fl. 29).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confira-se, ainda, trecho do aresto guerreado:

Quanto à redutora do § 4º, observe-se que inviável sua aplicação, considerando a elevada quantidade de entorpecentes apreendidos (um total de 133 porções), sua variedade (maconha e haxixe), o que revela dedicação a atividades criminosas, e especialmente o fato de praticar o delito associado a outra pessoa (no caso, menor de idade), o que também indica certa estrutura destinada à venda de drogas, e impede a incidência da benesse (fl. 92).

Mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Verifica-se que as instâncias de origem entenderam ser inaplicável o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, destacando que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, fazendo do tráfico seu meio de subsistência.

Observa-se, contudo, que não foram declinados elementos concretos dos autos aptos a demonstrar a efetiva dedicação do paciente às atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa.

Com efeito, embora haja variedade de entorpecentes, a quantidade das drogas apreendidas – 77,7 g de maconha e 9,5 g de haxixe –, não se mostra expressiva a ponto de ensejar a conclusão de que o paciente seria traficante habitual. Do mesmo modo, o fato de o paciente não ter comprovado o exercício de atividade lícita não é suficiente para se firmar o juízo acerca da dedicação às práticas delitivas, tampouco do envolvimento com organização criminosa.

Outrossim, o fato de a empreitada criminosa ter envolvido adolescente já fora considerado na aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/06, razão pela qual a fundamentação perfilhada pela Corte de origem ao negar a benesse em testilha incide em indevido *bis in idem*.

Nesse contexto, a meu ver, há ilegalidade, porquanto o afastamento do benefício em tela reclama decisão fundamentada com base nos elementos do caso concreto, o que não ocorreu na espécie.

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, *mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que 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.

2. Atendidos os pressupostos legais à aplicação do benefício, imperiosa a mitigação da pena nos termos do supracitado dispositivo legal.

3. Assim, 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).

(...)

2. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa.

(HC 381.474/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

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.

(HC 373.561/RS, Rel. de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, diante da ausência de fundamentação idônea para a negativa da benesse, é possível a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sendo imperiosa a sua aplicação em patamar máximo (2/3).

Passo, pois, à nova dosimetria:

Na primeira etapa, fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes. Na terceira etapa, aplico a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 na fração de 2/3, o que perfaz 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Incide, ainda, a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/06, razão pela qual exaspero a pena em 1/6, tornando a pena definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 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 no patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 anos, 11 meses e 10 dias 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, **concedo a ordem** a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 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: 2017/0081752-4

HC 395.574 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00155405220148260114 155405220148260114 20170000054238 7052014

EM MESA

JULGADO: 03/08/2017

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA	: TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RAFAEL DO NASCIMENTO FEITOZA (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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