



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.499 - ES (2017/0153798-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : CELCINO VITAL DE SOUZA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL E CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS ACERCA DA GRAVIDADE DO DELITO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. APLICABILIDADE. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

3. A busca do lucro fácil, o propósito doloso do paciente, os efeitos sociais negativos da droga e o sucesso na entrega do entorpecente não são argumentos idôneos para exasperar a pena-base, pela aferição negativa dos vetores da culpabilidade, dos motivos e consequências do delito, uma vez que se tratam de dados inerentes ao próprio tipo penal e estão desvinculados do contexto fático dos autos, sendo de rigor a readequação da reprimenda inicial, diante da manifesta ilegalidade verificada. Ademais, a teor da Súmula 444, "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

4. Nos termos 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.

5. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

6. Hipótese em que as instâncias ordinárias, de forma motivada, atentas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a natureza e a quantidade de droga apreendida – 14 papelotes de cocaína (22,3g) -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/3, o que não se mostra desproporcional.

7. Fixada a pena definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão, verificada a primariedade do réu e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

8. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal, resultando a sanção definitiva do paciente em 3 anos e 4 meses de reclusão, mais pagamento de 333 dias-multa, bem como para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a ser estabelecida pelo Juízo Execução.

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.499 - ES (2017/0153798-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : CELCINO VITAL DE SOUZA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **CELCINO VITAL DE SOUZA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 760 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, o impetrante sustenta que a pena-base foi indevidamente exasperada com amparo em elementos abstratos e/ou próprios do tipo penal.

Aduz que o paciente faz jus a aplicação do redutor do tráfico privilegiado no grau máximo, porque, além de ser inviável o acréscimo de fundamento em sede recurso exclusivo da defesa, a quantidade da droga não é elevada.

Requer, assim, seja reconhecida a ilegalidade da fundamentação empregada para elevar a pena-base e para negar a incidência da minorante na fração de 2/3.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, tão somente para fixar a pena-base no mínimo legal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.499 - ES (2017/0153798-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : CELCINO VITAL DE SOUZA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL E CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS ACERCA DA GRAVIDADE DO DELITO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. APLICABILIDADE. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. A individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.
3. A busca do lucro fácil, o propósito doloso do paciente, os efeitos sociais negativos da droga e o sucesso na entrega do entorpecente não são argumentos idôneos para exasperar a pena-base, pela aferição negativa dos vetores da culpabilidade, dos motivos e consequências do delito, uma vez que se tratam de dados inerentes ao próprio tipo penal e estão desvinculados do contexto fático dos autos, sendo de rigor a readequação da reprimenda inicial, diante da manifesta ilegalidade verificada. Ademais, a teor da Súmula 444, "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".
4. Nos termos 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.
5. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.
6. Hipótese em que as instâncias ordinárias, de forma motivada, atentas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a natureza e a quantidade de droga apreendida – 14 papелotes de cocaína (22,3g) -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/3, o que não se mostra desproporcional.

7. Fixada a pena definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão, verificada a primariedade do réu e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

8. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal, resultando a sanção definitiva do paciente em 3 anos e 4 meses de reclusão, mais pagamento de 333 dias-multa, bem como para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a ser estabelecida pelo Juízo Execução.

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 manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Em primeiro grau, a individualização da pena foi feita nos seguintes termos:

A culpabilidade como grau de censura da ação do acusado, deve elevar a reprimenda, eis que o réu estava empenhado no comércio de entorpecentes mesmo sendo totalmente capacitado ao trabalho lícito, pois não possui qualquer deficiência física;

Os antecedentes criminais devem ser considerados imaculados, em que pese os informativos de fls. 93/101, já que não podem ser utilizados processos em curso para agravar a pena-base, nos termos da Súmula nº 444 do STJ e a condenação constante no espelho do SIEP, de fls. 133/134, tornou-se definitiva após a data do delito destes autos;

Não existem requisitos para análise da conduta social do acusado, não podendo ela ser aferida a seu desfavor;

A personalidade também não pode ser aferida a seu desfavor, já que o processo não trouxe elementos suficientes para a sua análise;

Os motivos do crime, não foram esclarecidos, já que o acusado nega a prática do crime, quando ouvido na DEPOL, contudo, sabe-se que a intenção é conseguir o lucro fácil, portanto deve elevar a reprimenda;

As circunstâncias do crime são irrelevantes.

As consequências do crime são evidentes, em função dos danos causados a um grande número de pessoas, que se tomam vítimas do tráfico e acabam aumentando as estatísticas dos crimes para manter o vício;

O comportamento da vítima não contribuiu para a prática do crime,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contudo não poder agravar a pena, já que a vítima é a sociedade.

A pena em abstrato para o delito tipificado no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, é de reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Ponderadas as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 760 (setecentos e sessenta) dias-multa.

Não incidem circunstâncias atenuantes ou agravantes da pena a serem consideradas.

Presente a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que o réu é tecnicamente primário, razão pela qual atenuo a pena privativa de liberdade em 1/3 (um terço), qual seja 02 (dois) anos e 06 (seis) meses, restando a pena privativa de liberdade fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e multa no valor já fixado.

Esclareço que utilizei a fração de 1/3, com base no art. 42 da Lei nº 11.343/06, diante da quantidade e qualidade da droga apreendida. Neste sentido: AgRg noAREsp 670919 SP 2015/0044717-9. (e-STJ, fls. 16-17).

A Corte de origem manteve a pena aplicada na sentença condenatória, pelos seguintes fundamentos:

Todavia, nota-se que a dosimetria confeccionada em primeiro grau de jurisdição foi bem elaborada e não merece qualquer tipo de reparos, uma vez que os ditames legais dos artigos 59 e 68, do Código Penal e do artigo 42 da Lei nº 11.343/06 foram seguidos e todas as etapas da dosimetria foram realizadas de forma bem fundamentada pelo juiz competente.

Segundo dispõe o artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em seu preceito típico secundário, a penalidade pela prática do delito de tráfico de drogas será fixada em reclusão, de 05 (cinco) anos a 15 (quinze) anos.

A pena-base do recorrente foi fixada no patamar de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 760 (setecentos e sessenta) dias-multa.

Tal aumento tem respaldo nos autos e foi suficientemente motivado pelo Juiz a quo, sendo a culpabilidade e as consequências do crime desfavoráveis a CELCINO VITAL DE SOUZA.

Ainda que o MM. Juiz tenha se utilizado de alguns termos genéricos, extrai-se dos autos motivos suficientes para a elevação da pena-base do recorrente, pois no dia dos fatos ele logrou êxito em seu intento de repassar ao motociclista que empreendeu fuga o material que trazia consigo.

Além disso, o recorrente já é "velho conhecido" dos policiais que realizaram as diligências no dia dos fatos, sendo alvo de abordagens anteriores pelos policiais.

Registre-se, por oportuno, que o apelante intentou fuga do dia dos fatos, somente sendo capturado em razão de "sorte" da polícia, por ter tropeçado e caído.

Assim, para a aplicação da pena no mínimo legal, necessário se faz que todas as circunstâncias judiciais do réu lhe sejam favoráveis, o que não é o caso do ora recorrente.

Como é cediço, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis impede, por si só, a fixação da pena-base no mínimo legal previsto em lei, razão pela qual, o pleito em análise não merece acolhimento.

[...]

Neste ponto, tenho que não há alterações a serem feitas, visto que coerente e correta a análise dos artigos 59 e 68, do Código Penal e artigo 42 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06, efetuada pela magistrada sentenciante para o apelante CELCINO VITAL DE SOUZA.

Quanto ao pleito recursal de aplicação da causa de diminuição de pena disposta no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo (2/3), arguido pela defesa de CELCINO VITAL DE SOUZA, entendo que não merece guarida.

A fração redutora foi devidamente fixada em 1/3 (um terço) pelo magistrado a quo, o qual fundamentou sua decisão nestes termos:

[...]

Observa-se que o quantum de redução decorrente da causa de diminuição de pena disposta no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, foi arbitrado neste patamar em razão especialmente da natureza entorpecente da droga apreendida, vulgarmente conhecida como "cocaína".

Faz-se importante ressaltar a discricionariedade existente quando da aplicação da causa de diminuição de pena em questão - desde que devidamente motivada -, que deve se mostrar adequada ao caso concreto no sentido de ser suficiente à reprovação e prevenção do crime. Na esteira deste entendimento, segue aresto do Supremo Tribunal Federal:

[...]

Desse modo, ratificando a fração aplicada pelo Juiz a quo, julgo suficiente e compatível com o presente caso a incidência da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/3 (um terço). (e-STJ, fls. 45-47).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Dentro do sistema trifásico adotado pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Tratando-se de condenado pelo delito de Tráfico de Drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga apreendida, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, observa-se que o Juiz sentenciante valorou, desfavoravelmente ao paciente, para majoração da pena-base, a culpabilidade do agente (consciência e intenção do dolo), os motivos (lucro fácil) e as consequências do delito (danos causados à sociedade pelo entorpecente). O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve a pena aplicada na sentença por considerá-la adequada, sobretudo porque o paciente seria "conhecido do meio policial de outras diligências" e teria "tentado empreender fuga".

Contudo, em que pese a existência de certo grau de discricionariedade do julgador no cálculo da pena, verifica-se que as instâncias ordinárias não indicaram elementos idôneos para a exacerbação da pena-base, pois foram utilizados argumentos genéricos quanto aos efeitos nocivos da prática delitiva e dados próprios do tipo penal, tais como a busca do lucro fácil e o propósito doloso do agente, em manifesto confronto com a jurisprudência deste Tribunal Superior.

Confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.
ROUBO. AUMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE.
CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. EMPREGO DE VIOLÊNCIA QUE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXTRAVASA O TIPO PENAL. MAJORANTES DO ROUBO. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO VERIFICAÇÃO. PENA-BASE EXASPERADA PELO *MODUS OPERANDI* (SOCOS NA FACE) E NÃO PELAS MAJORANTES. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento do *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

3. Nesse contexto, elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem suporte em dados concretos não podem ser utilizados para aumentar a pena-base.

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 377.234/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. GRAVIDADE DO DOLO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. ANTECEDENTES, MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A VALORAÇÃO NEGATIVA. OFENSA AO ART. 93, IX, DA CF/88. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. SÚMULA 444/STJ. REDUÇÃO ÍNFIMA PELA ATENUANTE DA CONFISSÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE CONSTATADA. PRESENÇA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O aumento da pena-base pela culpabilidade requer fundamento concreto, não se prestando a tal a mera referência à gravidade do dolo. Precedentes.

[...]

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas do paciente a 10 anos de reclusão.

(HC 214.112/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 15/09/2015)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. LEI ESTADUAL. COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE DELITOS PRATICADOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA AO TRÁFICO DE DROGAS. CONFIGURAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL VIOLADO. IMPOSSIBILIDADE. INTERESTADUALIDADE DO DELITO. QUANTUM DE AUMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.
[...]

5. O fato de o recorrente ter agido "com plena consciência" não justifica a exasperação da pena-base, porquanto a potencial consciência da ilicitude diz respeito à culpabilidade em sentido estrito, assim definida como elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida, e não à culpabilidade em sentido lato, a qual se refere à maior ou à menor reprovabilidade do agente pela conduta delituosa praticada.

6. A busca pelo lucro fácil e o enriquecimento sem causa constituem elementos inerentes ao próprio tipo penal violado, qual seja, o tráfico de drogas, de modo que não justificam a exasperação da pena-base.

7. A desestabilidade social e os malefícios gerados pelo narcotráfico à sociedade como um todo também são elementos inerentes ao próprio tipo penal violado, que servem, portanto, para qualquer delito de tráfico de drogas abstratamente considerado.

8. É dever do magistrado sentenciante demonstrar, com base em fundamentos concretos do caso, os motivos pelos quais estabeleceu a exasperação da reprimenda, em decorrência das causas especiais de aumento, em fração acima do percentual mínimo de 1/6, sob pena de ofensa ao preceito contido no art. 93, IX, da Constituição Federal.

9. Recurso especial parcialmente provido para: a) reconhecer a apontada violação do art. 59 do Código Penal e, assim, reduzir em parte a pena-base do recorrente, em relação a ambos os delitos; b) reconhecer a mencionada violação do art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, estabelecer a fração mínima de 1/6 de aumento de pena, em razão da interestadualidade dos delitos, tornando a reprimenda do recorrente definitiva em 11 anos, 2 meses e 5 dias de reclusão e pagamento de 1.580 dias-multa, já observado o concurso material.

(REsp 1474053/AL, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 15/05/2015)

É certo, também, que o fato de o paciente ser conhecido do meio policial, por ter já ter sido abordado em outras diligências, não é elemento idôneo a elevar a sanção inicial, pois, a teor da Súmula 444 do STJ, "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Desse modo, na falta de qualquer dado concreto e válido na aferição negativa das circunstâncias judiciais, a pena-base pelo delito de tráfico de drogas deve ser estabelecida no mínimo legal (5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa).

Quanto ao pedido de aplicação da minorante pelo tráfico privilegiado no grau máximo, melhor sorte não socorre ao paciente.

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.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

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 (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

In casu, como se observa, as instâncias ordinárias justificaram a incidência da minorante em 1/3, com fundamento na natureza e na quantidade da droga apreendida – 14 papérolas de cocaína (22,3g) -, conforme autoriza a jurisprudência desta Corte.

Tendo sido apresentada motivação idônea para o índice definido, a alteração desse *quantum* de redução é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A respeito, os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade da substância entorpecente apreendida em poder do paciente - 82,6 g de cocaína - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

[...]

4. Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta ao paciente.

(HC 382.881/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 3 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. GRAVIDADE CONCRETA. REGIME INICIAL SEMIABERTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/3, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão recorrido aponta a necessidade de uma maior repressão do delito, ante a sua gravidade concreta, evidenciada esta última pela quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos (maconha, cocaína e *crack*). Ademais, alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 389.710/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 17/04/2017).

Vale lembrar que, ao contrário do afirmado pelo impetrante, não houve o acréscimo de fundamento, em recurso exclusivo da defesa, para se manter o patamar de incidência da causa de diminuição. Em verdade, a Corte de origem apenas ratificou os motivos exarados pelo Juízo de primeiro grau, que considerou as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas (quantidade e natureza do entorpecente), na escolha do índice de redução.

Passo, assim, à readequação da pena.

A pena-base fica estabelecida em 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa, ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Na segunda etapa, ausentes atenuantes ou agravantes, a pena intermediária permanece inalterada. Na terceira fase, reduzo-a em 1/3, em razão da incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, resultando definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão mais o pagamento de 333 dias-multa.

Fixada a pena definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão, verificada a primariedade do réu e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o paciente deve iniciar o cumprimento da pena reclusiva em **regime aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. EVOLUÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. PEDIDO DENEGADO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PARA RESTRITIVA DE DIREITOS. *HABEAS CORPUS* CONHECIDO EM PARTE, E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADO. TODAVIA, ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

V - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, e do artigo 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial aberto (precedentes).

VI - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP (precedentes).

VII - À luz do art. 44 do CP, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Habeas corpus conhecido em parte, e, nesta extensão, denegado. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, estabelecer o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, conforme estabelecido pelo juízo a quo na r. sentença condenatória.

(HC 390.733/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 31/05/2017)

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente, circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito, o seguinte precedente:

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias referiram-se apenas à gravidade abstrata do delito para fixar o regime inicial semiaberto e negar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(HC 346.761/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 11/03/2016).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para reduzir a pena-base pelo delito de tráfico de drogas, resultando a sanção definitiva do paciente em 3 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 333 dias-multa. Fixo, ainda, o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva e substituo a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a ser estabelecida pelo Juízo Execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0153798-0

HC 405.499 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00281515120138080024 281515120138080024

EM MESA

JULGADO: 03/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: CELCINO VITAL DE SOUZA

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.