



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.650 - RS (2012/0092448-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DAVID WILLIAN WALENCY
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÍNIMO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E N.718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PACIENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS BENÉFICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. CONCEDIDA A ORDEM DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência das Cortes Superiores entende ser inadmissível a impetração de *habeas corpus* em substituição a recurso próprio, mas ressalta a possibilidade da concessão da ordem de ofício quando houver flagrante ilegalidade que restrinja a liberdade de locomoção do paciente.

2. No tocante à fixação da pena-base, verifico a ausência de fundamentação idônea apta a ensejar sua elevação. O magistrado sentenciante, ao analisar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal - CP, utilizou-se de elementares do tipo, gravidade abstrata do delito, fundamentos genéricos e condenações por fatos posteriores para desaboná-las, justificando, assim, a elevação da reprimenda na primeira fase.

Dessa forma, imperiosa a reforma das decisões de piso, quanto ao ponto, para reduzir a sanção básica ao mínimo legal, ante a ausência de elementos concretos aptos a fundamentar a sua exasperação.

3. Do mesmo modo, em relação à incidência da minorante do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, tem-se que a diminuição em 1/2 pelo Tribunal *a quo* está amparada tão somente na quantidade e qualidade da droga.

No entanto, por se tratar da apreensão de 2,3 gramas de cocaína, quantidade que a Jurisprudência desta Corte já considerou irrisória em casos semelhantes, entendo não existirem óbices à redução em grau máximo, mormente quando se trata de paciente primário e de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bons antecedentes.

Nesse contexto, no ponto, necessário o redimensionamento da pena do ora paciente. Na primeira etapa, alterada a sanção básica para o mínimo legal de 5 anos de reclusão. Na segunda fase, permanece inalterada a reprimenda *ex vi* do enunciado n. 231 da Súmula do STJ. Na terceira e última etapa, aplicada a minorante do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo de 2/3, resta a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão.

4. É firme neste Tribunal Superior a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. A propósito: Enunciado n. 440 das Súmulas desta Corte e os Enunciados n. 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal.

Considerando a alteração da pena-base, ora fixada no mínimo legal, o regime inicial fechado estabelecido na sentença e mantido pelo acórdão impugnado não se sustenta, ante a ausência de fundamentação idônea, sobretudo se consideradas as circunstâncias judiciais favoráveis, previstas no art. 59 do CP.

Dessarte, seguindo o entendimento firmado por este Tribunal, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à lesividade da droga e à gravidade abstrata do delito de tráfico não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Ademais, o óbice à fixação de regime diverso do fechado, apontado pelo Tribunal *a quo* em relação aos crimes hediondos e equiparados, foi superado pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

Outrossim, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 4 anos de reclusão, cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. De outro lado, as decisões das instâncias ordinárias merecem reparo quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. O paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP, na medida em que é primário, de bons antecedentes, e as circunstâncias judiciais o favorecem.

- *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício nos termos da fundamentação.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de junho de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.650 - RS (2012/0092448-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DAVID WILLIAN WALENCY
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de DAVID WILLIAN WALENCY contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação n. 70041325747.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.11.343/2006, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, ao qual foi dado parcial provimento para aplicar a redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, no patamar de 1/2, redimensionando a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, mantendo, no mais, a sentença de primeiro grau. O acórdão restou assim ementado:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO POSTULANDO ABSOLVIÇÃO. DECLARAÇÕES SUPOSTAMENTE INCOERENTES DOS POLICIAIS QUE REALIZARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE. IMPROCEDÊNCIA.

As declarações proferidas pelos dois policiais civis que prenderam o recorrente em flagrância delitiva são uníssonas e coerentes, razão pela qual gozam de habitual valor probatório. Ademais, tenho que o destino mercantil da droga angariada restou suficientemente demonstrado. Acontece que ambos os policiais auscultados visualizaram o apelante em atitude suspeita, qual seja, entregando algo para alguém que estava no interior de um veículo, e, na sequência, colocando algo no bolso. Não obstante, os agentes da lei deram a volta na quadra, e, após a saída do citado automóvel, visualizaram o réu dirigindo-se ao meio-fio e pegando algo - que depois constataram ser um saquinho de bolacha com a droga apreendida, escondendo-o novamente embaixo de uma pedra. Ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lhe abordarem apreenderam o invólucro com as oito "petecas" de cocaína e os duzentos e setenta e quatro reais que trazia consigo. Nesse cenário, não é crível que o réu estivesse em ponto de tráfico de drogas, na posse de oito "petecas" de cocaína e de considerável quantia em dinheiro, tendo, ainda, sido visto alcançado algo para alguém no interior de um veículo, com outro objetivo que não a traficância.

APENAMENTO. MINORANTE ANTEVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. VALORAÇÃO.

Assiste razão à defesa ao pleitear o reconhecimento da minorante antevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista cuidar-se de réu primário e de bons antecedentes, inexistindo prova de se dedique a atividades criminosas ou integre organização com o mesmo fim, sendo que a fundamentação invocada pelo magistrado de primeiro grau, em síntese, de que "todo traficante faz parte de organização criminosa, eis que recebe a droga de outros membros dessa organização e a revende a todos (...)" não merece subsistir, pois se admitida, não haveria razão para a existência de tal causa de diminuição. No tocante ao quantum de redução, levando-se em conta a quantidade e natureza da droga apreendida, avalio como adequada a redução na fração de 1/2, de modo que restam as punições atribuídas ao recorrente redimensionadas para dois anos e seis meses de reclusão e duzentos e cinquenta dias-multa.

Apelo parcialmente provido (fls. 281/282).

No presente *writ*, a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista que não foi aplicado ao caso o patamar máximo da redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como pela fixação do regime inicial fechado e pelo afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo sendo primário, de bons antecedentes, menor de 21 anos à época dos fatos, e diante de inexpressiva quantidade de droga apreendida e utilizada como fundamento para a condenação pelo crime de tráfico (2,3 g de cocaína).

Requer, assim, em liminar e no mérito, a redução da pena pela incidência da redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, no patamar máximo de 2/3, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar às fls. 303/304 e prestadas as informações necessárias às fls. 312/391, o Ministério Público Federal, às fls. 395/401, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.650 - RS (2012/0092448-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Pretende-se, no presente *writ*, consoante outrora relatado, a incidência da redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo de 2/3, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

São estes, no que interessa, os termos da decisão do Juiz de primeira instância:

[...]

Passo à dosimetria da pena, nos termos dos artigos 42 da Lei 11.343/06 e 59 do Código Penal.

Da natureza e da quantidade da substância ou do produto: foram apreendidas 08 "petecas" de cocaína em forma de crack, pesando aproximadamente 2,3 gramas, em uma embalagem plástica. A quantidade apreendida é relevante, levando em consideração a lesividade da cocaína para os seus usuários; Culpabilidade: inequívoca, eis que dotado de potencial consciência da ilicitude de seus atos; Antecedentes: é tecnicamente primário, embora tenha condenação posterior ao fato com trânsito em julgado pelo crime de tráfico; Conduta social e personalidade: fora dos parâmetros normais; Motivos: ganho fácil, às custas da desgraça alheia; Conseqüências: gravíssimas, ante à nocividade que representam as substâncias entorpecentes para a saúde pública e a criminalidade delas resultante.

Diante das circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 05 anos e 06 meses de reclusão, presente a atenuante da menoridade, reduzo a pena em 06 meses, restando provisória em 05 anos na ausência de agravantes. Ainda, ausentes majorantes e minorantes, pois incabível a aplicação da minorante prevista no § 4º, artigo 33 da Lei 11.343/06, por entender que todo traficante faz parte de organização criminosa, eis que recebe a droga de outros membros dessa organização e a revende e todos, desde o primeiro que a trouxe para o país até o último que a revende, são peças dessa grande engrenagem criminosa e organizada e que cada vez mais recruta pessoal sem antecedentes que, repito, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

busca do ganho fácil, semeiam o vício e a destruição à pessoa, à família e não são desestimulados pela singeleza das penas possíveis de serem aplicadas, torno a pena definitiva em 05 anos de reclusão.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida no regime inicial fechado, em face da natureza do fato.

Condeno ainda o réu no pagamento de 500 dias-multa, fixando o valor do dia-multa em um trigésimo do valor do salário mínimo nacional vigente ao tempo do fato.

[...]

(fls. 244/245).

O Tribunal de piso, ao retificar parcialmente a decisão monocrática, consignou:

[...]

Ao lhe abordarem apreenderam o invólucro com as oito "petecas" de cocaína e os duzentos e setenta e quatro reais que o acusado trazia consigo.

Nesse cenário, não é crível que o réu estivesse em ponto de tráfico de drogas, na posse de oito "petecas" de cocaína e de considerável quantia em dinheiro, tendo, ainda, sido visto alcançado algo para alguém no interior de um veículo, com outro objetivo que não a traficância.

Ex positis, entendo ser impositiva a manutenção de sua condenação nos termos em que proferida, motivo pelo qual passo a examinar as reprimendas que lhe foram aplicadas.

A basilar foi estabelecida em cinco anos e seis meses de reclusão. Apesar de entender que tal ampliação mostrou-se um pouco demasiada, de qualquer forma, na segunda fase da individualização do castigo, este retornou para o mínimo legal diante da atenuante da menoridade, de modo que a redução da reprimenda básica não surtiria qualquer efeito, ante o enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Ausentes outras causas modificadoras ao ver do sentenciante, a reprimenda foi tornada definitiva no patamar mencionado.

No entanto, assiste razão à defesa ao pleitear o reconhecimento da minorante antevista no § 4a do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista cuidar-se de réu primário e de bons antecedentes (fl. 47), inexistindo prova de se dedique a atividades criminosas ou integre organização com o mesmo fim, sendo que a fundamentação invocada pelo magistrado de primeiro grau, em síntese, de que "todo traficante faz parte de organização criminosa, eis que recebe a droga de outros membros dessa organização e a revende a todos (...)" não merece subsistir, pois se admitida, não haveria razão para a existência de tal causa de diminuição.

No tocante ao quantum de redução, levando-se em conta a quantidade e natureza da droga apreendida, avalio como adequada a redução na fração de 1/2. Logo, resta a pena privativa de liberdade cominada ao apelante redimensionada para dois anos e seis meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão.

No que respeita à sua substituição por restrições de direitos, em que pese o julgamento do habeas-corpus n.º 97256 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual o Pretório Excelso afastou o óbice à conversão da pena prisional por restrições de direitos, previsto no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, possui o entendimento de que a permuta, que pretende beneficiar o agente condenado por crimes de menor gravidade, não se mostra socialmente recomendável para o delito de tráfico de drogas, já que o tal injusto é de intensa reprovabilidade, uma vez que nocivo à saúde pública e propulsor de outras atividades delitivas, merecendo repreensão mais severa.

O regime fechado, demarcado para o seu cumprimento, é o adequado, nos termos do § 19 do art. 2º da Lei 8.072/1990.

Sobre a multa, estipulada em quinhentos dias, à razão unitária mínima, também deve incidir a fração de redução decorrente da minorante antevista no § 4º do art. 33 da Lei Antitóxicos, de modo que ela resta redimensionada para duzentos e cinquenta dias-multa.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo, a fim de reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, restando as penas atribuídas ao recorrente redimensionadas para dois anos e seis meses de reclusão e duzentos e cinquenta dias-multa (fls. 286/288).

Inicialmente, tem-se que a pena-base estabelecida ao paciente foi fixada acima do mínimo legal pelo magistrado sentenciante, ao considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Na segunda etapa, a pena foi reduzida ao mínimo em virtude da incidência da atenuante da menoridade relativa, tornando-a definitiva em 5 anos de reclusão.

Posteriormente, em grau de recurso, o Tribunal de origem entendeu que a fixação da pena-base acima do mínimo-legal foi desproporcional, porém, deixou de reduzi-la por considerar que a incidência da atenuante da menoridade tornaria inócua a redução na primeira fase, em face da incidência do Enunciado n. 231 das Súmulas do STJ.

No entanto, o exame das circunstâncias judiciais na primeira fase da reprimenda reflete em outras etapas da condenação, como na fixação do regime inicial e na possibilidade de substituição da pena corporal por restritiva de direitos, motivo pelo qual, passo a analisar a fundamentação utilizada pelo juiz de primeiro grau quanto ao ponto.

As circunstâncias judiciais foram assim consideradas na sentença:

Culpabilidade: inequívoca, eis que dotado de potencial consciência da ilicitude de seus atos; Antecedentes: é tecnicamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primário, embora tenha condenação posterior ao fato com transito em julgado pelo crime de tráfico; Conduta social e personalidade: fora dos parâmetros normais; Motivos: ganho fácil, às custas da desgraça alheia; Consequências; gravíssimas, ante à nocividade que representam as substâncias entorpecentes para a saúde pública e a criminalidade delas resultante.

A meu ver, ausente fundamentação idônea apta a ensejar sua elevação. O magistrado sentenciante, ao analisar as circunstâncias do art. 59 do CP, utilizou-se de elementares do tipo, gravidade abstrata do delito, fundamentos genéricos e condenações por fatos posteriores para desaboná-las, justificando, assim, a elevação da reprimenda na primeira fase.

Dessa forma, imperiosa a reforma das decisões de piso a fim de reduzir a sanção básica ao mínimo legal, ante a ausência de elementos concretos que possam fundamentar a sua exasperação.

Do mesmo modo, em relação à incidência da minorante do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, verifico, da análise dos autos, que a diminuição em 1/2 pelo Tribunal *a quo* está amparada tão somente na quantidade e qualidade da droga.

No entanto, por se tratar da apreensão de 2,3 gramas de cocaína, quantidade que a jurisprudência desta Corte se teve por irrisória em casos semelhantes, entendo não existirem óbices a efetuar a redução no grau máximo, mormente considerando se cuidar de paciente primário e de bons antecedentes.

Necessário, portanto, o refazimento da dosimetria. Na primeira etapa, fixo a pena-base no mínimo legal de 5 anos de reclusão. Na segunda fase, a reprimenda permanece inalterada em face da incidência do Enunciado n. 231 das Súmulas do STJ. Na terceira e última etapa, aplico a minorante do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, no patamar máximo de 2/3, tornando-a definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO COM BASE APENAS NA EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME FECHADO. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A condenação do paciente pelo delito de tráfico de drogas decorreu de elementos fáticos e probatórios - consistentes no depoimento dos policiais que procederam à prisão do acusado, além da quantidade de droga apreendida em seu poder (4,5 gramas de cocaína).

- Dessa forma, a rediscussão da matéria mostra-se incompatível com a via mandamental eleita, porquanto, para se invalidar a conclusão das instâncias ordinárias, torna-se imprescindível a reavaliação do contexto fático-probatório.

- As instâncias ordinárias concluíram que o paciente não preenchia os requisitos necessários para a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por entender que este se dedicava a atividades criminosas. Contudo, o simples fato de o acusado responder a outra ação penal, por si só, não conduz à conclusão de que se dedique a atividades criminosas, sendo inidôneo tal fundamento para, de forma isolada, obstar a aplicação do redutor previsto no § 4 do art. 33 da Lei 11.343/2006, sobretudo pelo fato de o paciente ter sido apreendido com pequena quantidade de droga.

- O Supremo Tribunal Federal, 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, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

- Ações penais em andamento não podem servir de fundamento para a imposição de regime mais gravoso, nos termos do entendimento desta Corte.

- Tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis, o quantum da pena arbitrado, a aplicação da minorante no patamar máximo, resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos a serem definidas pelo Tribunal a quo.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Tribunal a quo (HC 332.944/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 24/11/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

4. Como o writ foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.

TRÁFICO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS, NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL NÃO MOTIVADA E DESPROPORCIONAL. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor no patamar máximo, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as particularidades do caso concreto - apreensão de 27,98 gramas de maconha - e a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais, especialmente em se considerando a ausência de justificação para a escolha da fração mínima eleita pela Corte impetrada.

[...]

3. Writ não conhecido, concedendo-se, contudo, habeas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus de ofício para: a) aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 2/3 (dois terços), tornando a reprimenda do paciente definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa;

b) substituir a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução; e c) fixar o regime inicial aberto (HC 240.986/MA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 1/2/2013).

Com relação ao regime inicial de cumprimento de pena, é firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. A propósito, o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê:

Súmula 440/STJ - "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

A par da alteração da pena-base dada acima, o regime inicial fechado estabelecido na sentença e mantido pelo acórdão impugnado não se sustenta, ante a ausência de fundamentação idônea, sobretudo se consideradas as circunstâncias judiciais favoráveis de que cuida o art. 59 do Código Penal.

Dessarte, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à lesividade da droga e à gravidade abstrata do delito de tráfico não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Ademais, o óbice à fixação de regime diverso do fechado, apontado pelo Tribunal *a quo* em relação aos crimes hediondos e equiparados, foi superado pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

Nessa toada, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 4 anos de reclusão, **cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal**, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Por oportuno, confirmam-se os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 33, § 3º, DO CP. OCORRÊNCIA. PENA INFERIOR A 8 ANOS E SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DIREITO A REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não é possível a imposição de regime mais severo que o fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1395041/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 14/04/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. NÃO CABIMENTO. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de liminar em habeas corpus, manteve a decisão da magistrada de 1ª instância, que fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, fundamentado na gravidade em abstrato do delito.

III - Contudo, o Enunciado 440, da Súmula do STJ afirma que "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

IV - In casu, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, é o aberto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena (HC 304.311/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 27/11/2014).

[...]

TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE MODO DE EXECUÇÃO DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO MODO ABERTO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ILEGALIDADE PATENTEADA.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. Reduzida a pena definitivamente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e verificando-se que o paciente é primário e de bons antecedentes, mostra-se devida a imposição da forma aberta para o início da execução da pena reclusiva, de acordo com o art. 33, § 2º, c, e § 3º, do CP.

3. Writ não conhecido, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício para: a) aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 2/3 (dois terços), tornando a reprimenda do paciente definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa;

b) substituir a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução; e c) fixar o regime inicial aberto (HC 240.986/MA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 01/02/2013).

De outro lado, entendo também que **as decisões das instâncias ordinárias merecem reparo quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito**. Observo que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP, na medida em que é primário, de bons antecedentes, e as circunstâncias judiciais o favorecem. No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, §4.º, DA LEI N.º 11.343/2006 EM PATAMAR SUPERIOR AO RECONHECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E QUANTUM TOTAL DA PENA INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SÚMULA N.º 440/STJ. PACIENTE QUE PREENCHE OS REQUISITOS PARA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO.

1. Paciente presa em flagrante com 1,8 gramas de crack e 5 gramas de maconha e posteriormente condenada à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 416 dias-multa, como incursa no art. 33, caput, c.c. §4.º, da Lei n.º 11.343/06.

2. A análise do pedido de desclassificação para uso pessoal (art. 28 da Lei n.º 11.343/2006) demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, atividade sabidamente incompatível com a estreita via do habeas corpus, que é ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

3. Embora não justifique a aplicação da minorante do art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 em seu grau máximo (2/3), a natureza e quantidade de drogas apreendidas tampouco recomendam seja aplicado o redutor no mínimo legal (1/6), tal como fizeram as instâncias ordinárias, sendo razoável que a causa de diminuição incida à razão de 1/3 (um terço).

4. Fixada a pena-base no mínimo legal e não passando de quatro anos de reclusão a pena definitiva, o regime adequado para início de cumprimento de pena é o regime aberto. Súmula n.º 440/STJ.

5. A Paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, pois é primária, teve sua pena-base fixada no mínimo legal, e o quantum total da pena aplicada, com as alterações aqui realizadas, é inferior a 04 (quatro) anos de reclusão.

6. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida, para, mantida a condenação da Paciente, aumentar o grau de redução pela minorante do art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e, por conseguinte, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções (HC 234.389/SP. Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe de 21.6.2013).

[...]

NARCOTRÁFICO PRIVILEGIADO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 PELO STF. SUSPENSÃO DA NORMA PELO SENADO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, e a suspensão da sua execução,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo Senado Federal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. A pequena quantidade de entorpecente capturado e o fato de o paciente ser primário e sem antecedentes criminais são de molde a justificar a substituição da reclusiva por duas penas alternativas, por ser socialmente recomendável, diante da suficiência da medida e das especificidades do caso concreto. Exegese do art. 44 do CP.

[...]

3. Writ não conhecido, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício para: a) aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 2/3 (dois terços), tornando a reprimenda do paciente definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa;

b) substituir a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução; e c) fixar o regime inicial aberto (HC 240.986/MA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 01/02/2013).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, aplicar a redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo de 2/3, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0092448-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 241.650 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 120800671318 6713125420088211001 70041325747

EM MESA

JULGADO: 14/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : DAVID WILLIAN WALENCY

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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

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