



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.534 - RS (2017/0154015-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : VINICIUS DOS ANJOS JUSSEN

EMENTA

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 INICIAL ABERTO, ALÉM DE MULTA, SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIABILIDADE. A PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS PERMITE O PROPORCIONAL AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA APLICADA. REPRIMENDA REDUZIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *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.

– Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

– Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

– O caso tratou de pequena quantidade de entorpecentes e, em decorrência, em respeito à proporcionalidade, a fração redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deve ser alterada para 2/3, alcançando as penas, em decorrência, o montante de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, para reduzir as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.534 - RS (2017/0154015-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : VINICIUS DOS ANJOS JUSSEN

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de VINICIUS DOS ANJOS JUSSEN contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 0440944-13.2016.8.21.7000).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 7/9), sobrevivendo sentença absolutória (fls. 178/185).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, o qual foi provido para condenar o paciente à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, além de multa, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante constante do § 4º do mesmo artigo (fls. 215/226). Segue a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. INCONFORMIDADE DA ACUSAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA. SUFICIÊNCIA PROBANTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

Do mérito. Conforme constatado nos depoimento dos policiais, o local em que o réu se encontrava no momento da abordagem que resultou no flagrante é conhecido ponto de tráfico de drogas na região do Bairro Mathias Velho em Canoas. O réu já vinha sendo monitorado pela polícia através de câmeras de vigilância municipais, quando foi constatado que o denunciado sempre aparecia na mesma parada de ônibus para comercializar os narcóticos. Além disso, os brigadianos dão conta de que o increpado confessou no momento da abordagem que traficava as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas encontradas com ele, dizendo que “cada um faz a sua, eu estou fazendo a minha.” De mais a mais, o réu, não conseguiu explicar a origem dos R\$ 120,00 reais encontrados em sua posse, pecúnia que não é condizente com a encontrada, normalmente, com viciados no tóxico crack; Da dosimetria da pena. Na primeira fase dosimétrica, mantida a pena-base no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão. Na fixação da pena definitiva, foi reconhecido o tráfico privilegiado, na fração de 1/3, considerando a lesividade das drogas apreendidas em poder do acusado. Por derradeiro, substituiu-se a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.

RECURSO PROVIDO.

No presente *mandamus* (fls. 1/5), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impõe constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença que aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em apenas 1/3 sem fundamentação idônea. Afirma que o legislador não afetou a concessão do benefício legal à quantidade ou qualidade da droga apreendida, além de ser desproporcional a redução em fração intermediária.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 seja aplicada no patamar máximo, redimensionando-se a pena do paciente.

Pedido liminar indeferido (fls. 234/236).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* (fls. 241/243).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.534 - RS (2017/0154015-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca a defesa a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo, bem como a fixação de regime inicial mais brando em favor do paciente.

No caso, o Tribunal local, ao dar provimento ao apelo da acusação, condenou o paciente nos termos da denúncia, aplicando as reprimendas com lastro na seguinte fundamentação (fls. 222/223):

Na primeira fase dosimétrica, considerando a análise dos vetores judiciais do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11343/06, tenho que a culpabilidade do condenado não transborda o ordinário. O réu não possui condenações anteriores. Não há nos autos elementos suficientes para analisar a conduta social e a personalidade do acusado. Os motivos e as consequências do crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estão inseridos no tipo penal analisado. A vítima é o Estado, não havendo comportamento a ser verificado. A valoração das circunstâncias referentes à natureza da substância apreendida, cuja apreciação é legalmente autorizada pelo disposto no art.42 da Lei 11.343/06, deve ser sopesada em uma única oportunidade no cálculo da pena, na primeira ou terceira fase do cálculo, sob pena de se configurar bis in idem, a par do entendimento sedimentado pelo STF sobre a matéria (ARE 666.334/AM, julgado em 03/04/2014 sob o regime da repercussão geral).

Assim, deixo de analisar a natureza da substância nesta fase do cálculo, razão pela qual a pena-base vai fixada no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão.

Na fixação da pena provisória, por não haver causas agravantes ou atenuantes, mantenho a pena-base hígida.

Na fase final do cálculo penal, aplico a privilegiadora do §4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois o agente era primário ao tempo dos fatos, não tendo nenhuma condenação em seu histórico criminal, e não há nenhuma prova de que o mesmo se dedica à atividade criminosa, tampouco de forma organizada, o que só poderia ser averiguado com investigações policiais mais profundas. Além disso, constato que a quantidade de droga apreendida - qual seja 2,90 g de crack e 0,20g de cocaína - não pode ser considerada de grande monta, devendo ser ponderada, ainda, a alta lesividade de ambos entorpecentes apreendidos. Com isso, diminuo a pena em 1/3, tornando-a definitiva em 03 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Frente à não hediondez do tráfico privilegiado e o mandamento do art.33, §2º, 'c' do Código Penal, fixo o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Constata-se a possibilidade substituição da reprimenda privativa de liberdade por apenamentos restritivos de direitos, pois o acusado faz jus a tal benesse, com amparo no art. 44 e seus respectivos incisos, do Código Penal.

Assim, a pena final sobeja configurada em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, substituída por reprimendas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da pena privativa de liberdade, e limitação dos finais de semana, a ser regulado pelo Juízo de Execução da Pena, cominado ao apenamento de 340 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo nacional.

Como é cediço, para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

Por outro lado, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Na espécie, observa-se que o Tribunal de origem reconheceu a figura do tráfico privilegiado em favor do paciente, mas, diante da quantidade e nocividade das drogas apreendidas (*0,20g de cocaína e 2,90g de crack*), entendeu que a fração redutora de 1/3 é a que mais se amolda à hipótese, não havendo, em princípio, que se falar em coação ilegal, pois houve fundamentação concreta e em consonância à jurisprudência desta Corte.

Nessa linha, conferir: HC 374.029/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 04/05/2017.

Contudo, embora válidos os fundamentos utilizados na escolha da fração de 1/3, entendo que, embora presentes nocividade e variedade, o caso não envolveu vultosa quantidade de drogas (*3,1g no total*) que apontasse a necessidade de uma repressão penal mais efetiva.

Assim, em respeito à proporcionalidade, entendo que a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deve se operar em seu grau máximo, no caso, 2/3, alcançando as penas, em decorrência, o montante de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Nessa linha:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO (1/3). NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. READEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...)

2. 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.

3. 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 no comércio ilícito de entorpecentes. *Precedentes.*

4. **Hipótese em que, embora tenha a Corte de origem apresentado fundamento válido a modular a fração de aplicação do redutor (natureza da substância entorpecente), é manifesto o constrangimento ilegal suportado pelo paciente, pois, à míngua de elementos probatórios que indiquem sua habitualidade delitiva, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser operada no máximo legal (2/3), haja vista a não expressiva quantidade de droga apreendida (1,6g de cocaína). *Precedentes.***

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo Execução. (HC 391.148/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. 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 organização criminosa. 3. É manifestamente desproporcional a redução da pena em 1/3, pela incidência da referida minorante, com fulcro na natureza da droga e na alegação genérica da gravidade do delito, quando ínfima a quantia de entorpecente apreendido (2,32 g de crack), aliada ao fato de que o paciente é primário, de bons antecedentes e não há prova de que se dedica habitualmente a atividades delitivas. Aplicação do índice de diminuição em 2/3. Precedente.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como para substituir a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução. (HC 302.732/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 26/05/2017) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus, mas **concedo a ordem de ofício**, para reduzir as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0154015-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 405.534 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00821300135045 04409441320168217000 4409441320168217000 70072307507
821300135045

EM MESA

JULGADO: 14/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : VINICIUS DOS ANJOS JUSSEN

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.