



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.855 - TO (2017/0184685-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE : JOSE FILHO RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. REDIMENSIONAMENTO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/3. *QUANTUM* NÃO MOTIVADO. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. APLICAÇÃO DE 2/3. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. *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 teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

3. Hipótese em que, embora tenha sido apresentado fundamento válido para o agravamento da pena básica (natureza do entorpecente), mostra-se desproporcional o aumento em 1/5 acima do mínimo legal, quando favoráveis as demais circunstâncias judiciais e não é significativa a quantia de droga apreendida (13 trouxas de *crack*), sendo, portanto, suficiente a exacerbação em 6 meses de reclusão.

4. 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.

5. Hipótese em que à mingua de qualquer fundamento para aplicação do índice de redução em 1/3, bem como de elementos probatórios que demonstrem a dedicação do paciente à atividade criminosa é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em sua totalidade, sobretudo quando primário e de bons antecedentes.

6. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão (1 ano e 10 meses), o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, pela aferição negativa de circunstância judicial (natureza da droga) na primeira fase da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).

7. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da aferição desfavorável da natureza da droga apreendida (art. 44, III, do CP).

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base e fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a sanção para 1 ano e 10 meses de reclusão mais pagamento de 183 dias-multa, mantido o regime semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.855 - TO (2017/0184685-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE : JOSE FILHO RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JOSE FILHO RODRIGUES DOS SANTOS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 4 anos e 8 meses de reclusão mais 300 dias-multa e de 2 anos de detenção mais 50 dias-multa, como incurso, respectivamente, nos arts. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e 12 da Lei n. 10.826/2003, em regime inicial semiaberto.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir as penas-base de ambos os delitos, de tráfico de drogas e de posse ilegal de arma de fogo, resultando a pena definitiva, respectivamente, em 4 anos de reclusão e pagamento de 300 dias multa e em 1 ano de detenção.

Neste *writ*, alega o impetrante que, embora reconhecido o preenchimento de todos os requisitos legais para concessão do redutor do tráfico privilegiado no patamar máximo, as instâncias ordinárias aplicaram a fração de 1/3 sem apresentar qualquer justificativa. Destaca não ser elevada a quantidade de droga apreendida.

Requer, assim, a aplicação da minorante em 2/3, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Liminar indeferida.

Informações prestadas (e-STJ, fls. 80-82)

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 136-146).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.855 - TO (2017/0184685-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE : JOSE FILHO RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. REDIMENSIONAMENTO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/3. *QUANTUM* NÃO MOTIVADO. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. APLICAÇÃO DE 2/3. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. *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 teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

3. Hipótese em que, embora tenha sido apresentado fundamento válido para o agravamento da pena básica (natureza do entorpecente), mostra-se desproporcional o aumento em 1/5 acima do mínimo legal, quando favoráveis as demais circunstâncias judiciais e não é significativa a quantia de droga apreendida (13 trouxas de *crack*), sendo, portanto, suficiente a exacerbação em 6 meses de reclusão.

4. 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.

5. Hipótese em que à mingua de qualquer fundamento para aplicação do índice de redução em 1/3, bem como de elementos probatórios que demonstrem a dedicação do paciente à atividade criminosa é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em sua totalidade, sobretudo quando primário e de bons antecedentes.

6. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão (1 ano e 10 meses), o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, pela aferição negativa de circunstância judicial (natureza da droga) na primeira fase da dosimetria (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da aferição desfavorável da natureza da droga apreendida (art. 44, III, do CP).

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base e fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a sanção para 1 ano e 10 meses de reclusão mais pagamento de 183 dias-multa, mantido o regime semiaberto.

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

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

Primeiramente, consigna-se que, apesar de não ter sido suscitado na inicial, verifica-se flagrante ilegalidade em relação à pena-base imposta, apta a ensejar a atuação desta Corte de ofício

O Juízo sentenciante, ao condenar o paciente à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, aplicou o redutor pelo tráfico privilegiado na fração de 1/3 pelos fundamentos a seguir expostos:

III.II - Da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (tráfico "privilegiado").

O artigo 33, § 4º da Lei 11.343, prevê a hipótese de tráfico privilegiado, no qual se o réu for primário, tiver bons antecedentes, e não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa poderá ter sua pena reduzida de um sexto a dois terços.

[...]

Assim, o instituto em análise consiste em um direito subjetivo do réu, pois, em harmonia com o princípio da individualização da pena, precisa-se fazer uma distinção importante entre o verdadeiro traficante, e aquele que é apenas um colaborador, com atividade subalterna, bem como daqueles que embora dedicando-se ao tráfico, realizam o comércio clandestino com menor intensidade, sendo um dos indicativos, conforme o caso, a quantidade de droga apreendida.

Desta forma, de acordo com as circunstâncias do crime, embora larga a faixa de aplicação da pena - considerando o mínimo e o máximo cominados - ainda é possível fazer incidir a redutora, para melhor individualização da pena, sempre de acordo com a grandeza do fato e a condição pessoal do agente.

De mais a mais, diante do fato do denunciado José ser primário, não ter maus antecedentes e por não integrar organização criminosa, cabível a aplicação da diminuição em seu patamar intermediário, qual seja: 1/3.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI - Dosimetria.

Primeiramente, é de bom alvitre mencionar que o critério da natureza e quantidade da droga será analisado, em um só momento, quando das circunstâncias judiciais, sob pena de *bis in idem*.

Atendendo ao sistema trifásico adotado pelo Código Penal, no seu art. 68, sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59 e o disposto no art. 49, do mesmo Codex, e art. 42 da Lei 11.343/06, fixo-lhe a pena privativa de liberdade cumulativamente à pena de multa, nas seguintes proporções e concretizando-as:

[...]

3ª Fase.

Na terceira fase, presente a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo quarto, do art. 33, da Lei n 11.343/06 e por ser o réu primário e não haver comprovação de que se dedique às atividades criminosas e integre organização criminosa, diminuo a pena anteriormente dosada em seu patamar intermediário de 1/3 (um terço), passando a dosá-la, em definitivo, por não existirem outras causas de diminuição, nem de aumento de pena em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 300 (trezentos) dias - multa". (e-STJ, fls. 54-60).

A Corte de origem, ao acolher parcialmente o apelo defensivo para reduzir a pena-base imposta, assim consignou:

"Finalmente, insurge-se o Apelante, ainda, contra a dosimetria da pena realizada na instância primária, e, ao menos neste ponto, entendo que o Apelo merece acolhimento, pelos motivos que passo a expor.

Ao analisar as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, na primeira fase da dosimetria da pena, o magistrado singular considerou desfavoráveis ao Apelante a culpabilidade, os motivos do crime, as circunstâncias do crime, e as consequências do crime, pelo que fixou a pena-base em 7 anos de reclusão.

No tocante à circunstância da culpabilidade, sustentou o julgador primevo que 'o réu agiu com culpabilidade elevada, eis que a conduta era perfeitamente evitável, na medida em que o acusado, conhecedor da lei penal, agiu com premeditação no cometimento do crime'.

Conquanto perfilhe do entendimento de que a premeditação possibilita a exasperação da pena-base na primeira fase da dosimetria, não vejo compatibilidade de tal circunstância em crimes como o de tráfico de drogas, que é crime permanente, sendo praticado constantemente para aferição de lucro fácil por parte do criminoso.

Assim, não vejo coerência em afirmar que alguém premeditou comercializar drogas ilícitas, mormente porque o juízo *a quo* sequer indica quais elementos o levaram a concluir por tal premeditação. De rigor, pois, o decote da circunstância judicial em comento.

Com relação aos motivos do crime a valoração negativa se deu sob o fundamento do escopo de lucro fácil. No entanto, entendo que tal objetivo é inerente ao próprio tipo penal, já punido quando da previsão da figura típica, de sorte que sua utilização para elevação da pena-base configura *bis in idem*, o que é vedado pelo Código Penal pátrio. Deve, portanto, ser afastada também essa circunstância judicial.

A análise das circunstâncias do crime, por outro lado, não merece qualquer reparo, pois acertadamente embasada no potencial destrutivo de uma das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espécies de droga apreendia, qual seja, o *crack*, devendo ser mantida a sentença neste limiar.

Doutro lado, as consequências do crime, a meu sentir, também foram valoradas equivocadamente, pois as circunstâncias de as drogas acarretarem dependência em inúmeras pessoas, destruir vidas e lares e representarem risco à saúde pública, foram todas levadas em consideração pelo legislador quando da previsão da figura típica.

Assim, há *bis in idem* em sua utilização para exasperar a pena-base na primeira fase da dosimetria, como consequências negativas do crime cometido pelo Apelante, pelo que se impõe o afastamento também desta circunstância.

Diante desse panorama, com relação ao crime de tráfico de drogas somente restam, na primeira fase da dosagem da reprimenda, 1 circunstância judicial desfavorável, razão pela qual fixo a pena-base em 6 anos de reclusão, a qual mantenho na segunda fase da dosimetria por não existir circunstância atenuante ou agravante a incidir na espécie.

Já na terceira fase, mantenho a causa de diminuição da pena do § 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas, utilizada pelo magistrado singular no patamar de 1/3, restando definitiva em 4 anos de reclusão. Mantenho a pena de multa no valor arbitrado em instância primária, porque atende aos parâmetros legais pertinentes". (e-STJ, fls. 11-12)

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

Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

Da leitura atenta dos excertos acima transcritos, verifica-se que a pena-base foi fixada em 1 ano acima do mínimo legal, considerando-se a natureza de uma das drogas apreendidas (*crack*) conforme autoriza a jurisprudência desta Corte Superior.

Contudo, embora tenha sido apresentado fundamento válido para o agravamento da pena básica, mostra-se desproporcional o aumento em 1/5, quando favoráveis as demais circunstâncias judiciais e não é significativa a quantia de droga apreendida, pois trata-se de 13 trouxinhas de *crack*.

Dessa forma, levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (de 5 a 15 anos de reclusão), o deslocamento da pena-base em 5 anos e 6 meses de reclusão é suficiente e adequado à reprovação da conduta delitiva, em razão da nocividade do entorpecente apreendido, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Em decisões similares, este Superior Tribunal de Justiça já procedeu ao redimensionamento da pena-base reconhecendo a desproporcionalidade no aumento.

Vejamos:

"[...]

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO DESPROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. Na espécie, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade dos estupefacientes apreendidos, encontra-se devidamente justificada, contudo, em *quantum* desproporcional, impondo-se o redimensionamento.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício tão-somente para redimensionar a pena-base imposta."

(AgRg no AREsp 936.212/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 30/8/2017);

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA (COCAÍNA). POSSIBILIDADE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. AUMENTO DESPROPORCIONAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* 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.

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

3. Embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha se manifestado que a aferição negativa da natureza da droga na primeira fase da dosimetria atende o critério estabelecido no art. 42 da Lei de Drogas, as particularidades do caso concreto, recomendam a readequação da pena inicial, sobretudo quando favoráveis as demais circunstâncias judiciais e verificada a ínfima quantia de droga apreendida - apenas 7 decigramas de cocaína -. Portanto, é suficiente o aumento da pena-base em seis meses de reclusão.

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena final pelo delito de tráfico para 5 anos e 6 meses de reclusão, mais 550 dias-multa."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 378.627/MS, minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 1º/12/2016, DJe 7/12/2016).

No que se refere à incidência da minorante da Lei de Drogas, também assiste razão à impetrante.

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

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

In casu, as instâncias ordinárias, ao reconhecer o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, consideraram a fração de 1/3 adequada à reprovação do delito, sem, no entanto, apresentarem elementos concretos que justifiquem o patamar escolhido.

Logo, à míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do paciente à atividade criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

Confirmam-se os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO NO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*.

2. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no patamar mínimo, sendo possível a aplicação da minorante na fração máxima.

3. Aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

4. Ordem concedida a fim de reduzir a pena da paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, de ofício, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções."

(HC 404.000/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEXTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 31/8/2017);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO EM 1/6. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

3. No caso, o Tribunal local aplicou a redutora em patamar inferior ao máximo, contudo, não apresentou motivação idônea para justificar a fixação de patamar diverso do máximo. O fato de o paciente ser primário e não se dedicar a atividades criminosas é requisito para se aplicar ou não a benesse e não fundamento para mensurar o quantum que será arbitrado. 4. Em relação ao regime e à substituição, tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da quantidade não expressiva de droga, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais."

(HC 393.816/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

A pena-base fica estabelecida em 5 anos e 6 meses de reclusão mais 550 dias-multa, pela aferição desfavorável da natureza de uma das drogas apreendidas. Na sequência, permanece inalterada, em razão da ausência de atenuantes ou agravantes. Na última etapa, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diminuo-a em 2/3, resultando definitiva em **1 ano e 10 meses de reclusão mais 183 dias-multa**.

O regime prisional permanece inalterado.

Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o **adequado e suficiente** para o cumprimento da pena reclusiva, pela aferição negativa de circunstância judicial (natureza da droga) na primeira fase da dosimetria (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. PENA DE MULTA. *REFORMATIO IN PEJUS*, OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a imposição do regime aberto, diante da existência de circunstância judicial desfavorável, a saber, a natureza das drogas apreendidas - ecstasy, LSD e cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado ao paciente, condenado à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, sendo razoável a imposição do regime inicial intermediário.

2. Verificada a ocorrência de *reformatio in pejus* no acórdão guerreado, em razão da aplicação de multa em valor superior ao fixado na sentença condenatória, mister o restabelecimento do montante fixado em primeira instância.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0000699-53.2008.8.16.0013, bem como restabelecer o valor da multa fixada pelo Juízo de primeira instância." (HC 372.695/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/2/2017, DJe 10/2/2017);

Por fim, tendo sido utilizada a natureza da droga apreendida para exasperar a pena-base, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).

Sobre o tema, o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. LOCAL UTILIZADO COMO PONTO DE VENDA DE DROGA. FRAÇÃO MÍNIMA. PROPORCIONAL. REVISÃO DO PANORAMA FÁTICO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). *QUANTUM* DE REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL. PREJUDICADO. CONCEDIDA A ORDEM EM OUTRO *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Quanto ao regime prisional, o pleito encontra-se prejudicado, haja vista que esta Corte de Justiça concedeu a ordem no HC 338.225/SC para fixar o regime semiaberto ao paciente, que se insurgiu contra o mesmo Acórdão de n. 2014.085406-6.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. A vedação à substituição da pena por restritiva de direitos encontra-se fundamentada em razão da pena-base ter sido fixada acima do mínimo legal. Dessa forma, a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) justifica a referida vedação, de acordo com o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 334.064/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 28/11/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para reduzir a pena-base e fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a sanção para 1 ano e 10 meses de reclusão mais pagamento de 183 dias-multa, mantido o regime semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0184685-1

HC 409.855 / TO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00083413220168270000 20100001768160 20100001891870 500221493820108272706
83413220168270000

EM MESA

JULGADO: 14/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE	: JOSE FILHO RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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