



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.561 - RJ (2017/0024695-9)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ROGER DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa para a incidência dessa causa especial de diminuição de pena. É o caso dos autos, tendo em vista que o paciente é primário, não registra circunstâncias judiciais negativas, a quantidade de droga apreendida não é elevada (**30,3 g de maconha**) e nem se evidencia sua dedicação à atividade criminosa ou sua participação em organização criminosa.

II - A fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve observar as previsões do art. 33, § 2º e § 3º, e do art. 59 do Código Penal, uma vez que o col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, não se admitindo, ainda, que a gravidade genérica do delito, por si só, justifique a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena (Súmulas **n. 718** e **n. 719** do STF e Súmula **n. 440**/STJ).

III - Se o paciente não é reincidente, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena resta fixada em **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, faz ele jus ao regime **aberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea **c**, e § 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para aplicar a causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, no regime **aberto**, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo MM. Juízo **a quo**.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 04 de maio de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.561 - RJ (2017/0024695-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ROGER DA SILVA em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas penas do artigo 33, **caput**, e 35, ambos c.c. art. 40, inciso VI, todos da Lei n. 11.343/06, sendo, após o processamento do feito, absolvido com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso, condenando o paciente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Eis a ementa do v. acórdão:

"APELAÇÃO – Arts. 33, caput , c/c 40, VI, ambos da Lei 11.343/06 – MP CONTRA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - Apelado preso em flagrante, no bairro Parque Santana, em Barra do Piraí, após concorrer para a venda a terceiro, levada a efeito pelo corréu e o adolescente infrator, de 1,3 g de maconha, acondicionada em 1 sacolé, bem como por manter em depósito e guardar em sua residência, de maneira compartilhada, para fins de tráfico, 29 g de maconha, distribuídos em 24 sacolés. Narra a denúncia que o apelado estava associado com o corréu e com o adolescente infrator para realizar a mercancia de drogas em frente à sua barbearia. A exordial acusatória esclareceu, ainda, que o apelado, por ocasião de sua prisão, confessou que as drogas encontradas em sua casa se destinavam à venda e que naquele dia já havia vendido três sacolés de maconha, em companhia do corréu. Merece prosperar o pleito ministerial da condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes, circunstanciado pelo envolvimento de menor: Conjunto probatório robusto. Materialidade positivada através dos Laudos Periciais. Autoria confirmada pela prova oral. Policiais militares responsáveis pela diligência que resultou na prisão flagrancial do apelado apresentaram versões uniformes e coerentes quanto à dinâmica da ação criminosa. Idoneidade dos referidos depoimentos. Aplicação do verbete 70 do TJRJ. O acondicionamento e a quantidade são circunstâncias que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*indicam que as drogas, de fato, se destinavam ao vil comércio de entorpecentes. Apelado que admitiu, em sede policial, realizar mercancia de droga com o corréu. Para a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas, basta que a atividade ilícita envolva menor. Não há dúvidas de que o apelado atuava em concurso com o corréu e com o adolescente. Aplicabilidade. Evidenciadas a materialidade, a autoria e a clara destinação da droga para o tráfico de entorpecentes. **Dou provimento ao recurso ministerial para condenar ROGER DA SILVA pela prática do crime capitulado no art. 33, caput, c/c 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, passando-se à dosimetria da pena nos seguintes termos: 1ª fase: Não há circunstâncias judiciais desfavoráveis. Fixo, portanto, a pena-base, no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato e atualizado quando de seu efetivo pagamento. 2ª fase: Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas. 3ª fase: Não há causas de diminuição de pena. Diante da incidência da causa de aumento prevista no 40, VI, da Lei 11.343/06, majoro a pena em 1/6, razão pela qual torno a sanção definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor mínimo legal, à míngua de outras moduladoras. Com fulcro no artigo 33, §3º, do Código Penal, é estabelecido o REGIME FECHADO para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL. EXPEÇA-SE MANDADO DE PRISÃO**" (fls. 14-15).*

Daí o presente **writ**, no qual aduz o impetrante, em breve síntese, que cabível a incidência da causa especial de redução de pena, descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Nesse sentido, afirma que, "*tratando-se de réu primário, ao qual não foi imputada a prática do crime de associação para o tráfico não há como se presumir que o mesmo se dedique às atividades criminosas com base tão-somente na quantidade do material apreendido e no depoimento policial*" (fl. 4).

Ainda, quanto ao regime de cumprimento de pena, afirma que o eg. Tribunal de origem "*não apresentou qualquer fundamentação idônea a ensejar a fixação do regime fechado*" (fl. 9), de maneira que patente a ausência de fundamentação. De igual modo, pede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em caso se reconheça a incidência do privilégio.

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja aplicado o § 4º do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33 da Lei n. 11.343/06, bem como para que seja substituída a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e a alterado o regime inicial de cumprimento da pena, para o menos gravoso.

A liminar foi concedida parcialmente *"para que se observe em relação ao paciente o regime semiaberto até o julgamento final deste habeas corpus"* (fl. 91).

As informações foram prestadas às fls. 106-111.

O Ministério Público Federal, às fls. 115-124 , manifestou-se pelo *"não conhecimento do habeas corpus, concedendo-se parcialmente a ordem de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça de origem, observando o enunciado da Súmula n. 440/STJ, fixe o regime em favor do paciente ou justifique o que impôs"* (fl. 124).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.561 - RJ (2017/0024695-9)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa para a incidência dessa causa especial de diminuição de pena. É o caso dos autos, tendo em vista que o paciente é primário, não registra circunstâncias judiciais negativas, a quantidade de droga apreendida não é elevada (**30,3 g de maconha**) e nem se evidencia sua dedicação à atividade criminosa ou sua participação em organização criminosa.

II - A fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve observar as previsões do art. 33, § 2º e § 3º, e do art. 59 do Código Penal, uma vez que o col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, não se admitindo, ainda, que a gravidade genérica do delito, por si só, justifique a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena (Súmulas **n. 718** e **n. 719** do STF e Súmula **n. 440**/STJ).

III - Se o paciente não é reincidente, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena resta fixada em **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, faz ele jus ao regime **aberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea **c**, e § 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para aplicar a causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração de 2/3 (dois terços), fixando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena definitiva em **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, no regime **aberto**, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo MM. Juízo **a quo**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Insta consignar, inicialmente, que a Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto do v. acórdão reprochado, no ponto em que afastou a aplicação do privilégio, fixou a pena e estabeleceu o regime fechado:

"De outra parte, cabe frisar que a figura do tráfico privilegiado se revela absolutamente incompatível com os fatos em discussão.

Com efeito, assim dispõe o § 4º, artigo 33 da Lei 11343/06:

[...]

Comprovado que o apelado se dedicava à atividade de tráfico de drogas, o que não pode fazer sem integrar uma engrenagem criminosa, resta impossível tal concessão.

O policial militar FELIPE DE OLIVEIRA MATOS esclareceu em Juízo que já tinha informações do envolvimento do apelado e de sua barbearia no tráfico de entorpecentes daquela região, tendo sido encontrado no interior da sua residência farta quantidade de maconha, acondicionada em embalagens plásticas tipicamente utilizadas na mercancia de drogas ('sacolés').

Assim, a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11343/06 somente poderia ser concedida se o agente preenchesse todos os requisitos elencados no artigo acima referido.

Neste sentido, vide o seguinte julgado:

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Logo, incabível a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Assim, dou provimento ao recurso ministerial para condenar ROGER DA SILVA pela prática do crime capitulado no art. 33, caput, c/c 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, passando-se à dosimetria da pena nos seguintes termos:

1ª fase: Não há circunstâncias judiciais desfavoráveis. Fixo, portanto, a pena-base, no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato e atualizado quando de seu efetivo pagamento.

2ª fase: Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

3ª fase: Não há causas de diminuição de pena. Diante da incidência da causa de aumento prevista no 40, VI, da Lei 11.343/06, majoro a pena em 1/6, razão pela qual torno a sanção definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor mínimo legal, à míngua de outras moduladoras.

De acordo com o artigo 49, §§ 1º e 2º do Código Penal, o valor do dia-multa é estabelecido em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo mensal, vigente ao tempo do crime e atualizado por ocasião de sua execução.

Com fulcro no artigo 33, §3º, do Código Penal, é estabelecido o REGIME FECHADO para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, eis que é o único compatível com o atuar do apelado, não podendo ser outro diferente, em razão da expressiva quantidade e forma de acondicionamento da droga apreendida, a qual inequivocamente se destinava à traficância, além das circunstâncias do fato" (fls. 29-33).

*Esta Corte tem se posicionado no sentido de que a quantidade e a natureza da droga podem afastar a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, desde que observada a vedação do **bis in idem**. Nesse sentido, colaciono precedentes desta Corte que corroboram a tese ora aventada, **verbis**:*

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ART. 42 DA LEI 11.343/06 EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, na fixação das penas deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante disposto no art. 42, da Lei n. 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista que as circunstâncias do caso - principalmente a quantidade de droga apreendida - demonstram não se tratar de traficante eventual.

[...]" (AgRg no HC n. 268.565/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 23/10/2014, grifei).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. NÃO APLICAÇÃO. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME.

[...]

2. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justifiquem a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado" (HC n. 300 550/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 6/10/2014, grifei).

No caso, a pena-base foi fixada no mínimo legal, tendo em vista a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a quantidade de droga apreendida não se mostra elevada (**30,3 g de maconha**, conforme declinado no v. acórdão - fl. 16) e, diferente do que declinado pelo eg. Tribunal de origem, inexistem elementos que, juntamente com as circunstâncias em que ocorreu o delito, indiquem a dedicação do paciente às atividades ilícitas ou mesmo que ele integre organização criminosa.

Assim, tendo em vista que o paciente é primário, não registra circunstâncias judiciais negativas, a quantidade de droga apreendida não é elevada (**30,3 g de maconha**, conforme declinado no v. acórdão - fl. 16) e não se evidencia sua dedicação à atividade criminosa ou sua participação em organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima.

Em decorrência, mantidos os critérios utilizados pelo eg. Tribunal de origem na primeira e segunda fases da dosimetria, com penas provisórias fixadas em **5 anos de reclusão**, incidente a majorante prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, aplicada na fração mínima de 1/6 (um sexto), **torno a pena do paciente, provisoriamente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.**

Após, reduzo a sanção em 2/3 (dois terços), diante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, fixando **a pena do paciente definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão.**

Quanto ao regime de cumprimento de pena, o paciente, não reincidente, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena resta fixada em **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, fazendo jus ao regime **aberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea **c**, e § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

Concedo, entretanto, a **ordem de ofício** para aplicar a causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, no regime **aberto**, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo MM. Juízo **a quo**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0024695-9

HC 387.561 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016804120168190006 16804120168190006

EM MESA

JULGADO: 04/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: ROGER DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: MOISES MEDEIROS SILVA

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.