



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 515.074 - CE (2019/0167179-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : PLATINI DE SOUSA ROCHA
ADVOGADO : PLATINÍ DE SOUSA ROCHA - PB024568
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE : EUDORIO DIAS CABRAL FILHO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DE FATOS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE DO AGENTE. ARGUMENTOS GENÉRICOS. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/3. QUANTIA NÃO SIGNIFICATIVA DO ENTORPECENTE. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. 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 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 pretensão de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 não pode ser apreciada por este Corte Superior de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).

3. 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.

4. Hipótese em que a instância ordinária, à exceção das circunstâncias do delito (concurso de agentes), valeu-se de argumentos inidôneos para a majoração da pena-base, na medida em que considerou a ínfima quantidade de droga apreendida (2g de *crack*) e a maior culpabilidade do agente sem a indicação de elementos válidos. Necessidade de readequação da pena.

5. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente, e certificada sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal, sobretudo quando não expressiva quantia dos entorpecentes apreendidos. Precedentes.
7. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 10 meses de reclusão e verificada a primariedade do agente, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.
8. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a sanção básica e 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 10 meses de reclusão mais 183 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 de Execução.

ACÓRDÃO

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 20 de agosto de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 515.074 - CE (2019/0167179-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : PLATINI DE SOUSA ROCHA
ADVOGADO : PLATINÍ DE SOUSA ROCHA - PB024568
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE : EUDORIO DIAS CABRAL FILHO (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 **EUDORIO DIAS CABRAL FILHO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

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

Neste *writ*, alega o impetrante que restou comprovado nos autos que o paciente é mero usuário de drogas, devendo a conduta ser desclassificada para a prevista no art. 28 da Lei de Drogas.

Aduz ser inidônea e desproporcional a elevação da pena-base com amparo em fundamentos vagos e em elementos próprios do tipo penal.

Salienta ser cabível o regime mais brando, tanto pela incidência do redutor do tráfico privilegiado quanto pelo *quantum* da sanção imposta.

Pugna, assim, pela desclassificação para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Subsidiariamente, requer a fixação da pena-base no mínimo, a aplicação do redutor na fração máxima, a fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 51).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 57-65).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, para desclassificar a conduta para porte para uso próprio, estendendo a decisão nos termos do art. 580 do CPP, ou, alternativamente, pela fixação da pena no mínimo legal, estabelecimento do regime aberto e aplicação da permuta legal (e-STJ, fls. 69-78).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 515.074 - CE (2019/0167179-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : PLATINI DE SOUSA ROCHA
ADVOGADO : PLATINÍ DE SOUSA ROCHA - PB024568
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE : EUDORIO DIAS CABRAL FILHO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DE FATOS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE DO AGENTE. ARGUMENTOS GENÉRICOS. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/3. QUANTIA NÃO SIGNIFICATIVA DO ENTORPECENTE. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. 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 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 pretensão de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 não pode ser apreciada por este Corte Superior de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).

3. 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.

4. Hipótese em que a instância ordinária, à exceção das circunstâncias do delito (concurso de agentes), valeu-se de argumentos inidôneos para a majoração da pena-base, na medida em que considerou a ínfima quantidade de droga apreendida (2g de *crack*) e a maior culpabilidade do agente sem a indicação de elementos válidos. Necessidade de readequação da pena.

5. 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 integrem organizações criminosas.

6. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente, e certificada sua primariedade e seus bons



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal, sobretudo quando não expressiva quantia dos entorpecentes apreendidos. Precedentes.

7. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 10 meses de reclusão e verificada a primariedade do agente, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

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

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a sanção básica e 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 10 meses de reclusão mais 183 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 de Execução.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Quanto à pretensão de desclassificação da conduta para o delito de porte para uso próprio, verifica-se que há testemunhos seguros, somado ao conjunto probatório trazido como fundamento no acórdão recorrido (auto de apreensão e laudo de constatação), de que o paciente foi surpreendido na posse de 13 pedras de *crack* (2g), 6 porções de maconha (6g) e R\$ 391,00, em espécie, em desacordo com a lei ou norma regulamentar (e-STJ, fls. 42-44).

Confiram-se o seguinte trecho do acórdão impugnado:

"Consta na denúncia que no dia 26 de janeiro de 2014, por volta das 22 h. e 30 min., milicianos faziam ronda pela cidade de Barro quando abordaram um veículo HB20, que trafegava na via pública. No interior do automóvel, encontravam-se Eudório Dias Cabral Filho e Matheus Severo de Sousa, bem como o menor Victor Hugo Nogueira Sobrinho.

Como aquelas pessoas já eram conhecidas pela polícia como possíveis envolvidos no tráfico de drogas, foi-lhes efetuada uma busca pessoal, que logrou êxito em apreender 2 g. de *crack*, 6 g. de maconha, acondicionadas em trouxinhas, nove litros de whisky Black and White e mais a quantia de R\$ 391,(trezentos e noventa e um reais), em notas pequenas, bem como alguns aparelhos celulares.

Conforme relatado, denunciado e regularmente processado, foi condenado a 5 anos de reclusão, regime inicial fechado, pelo delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Em razões de recurso, pugna a defesa pela desclassificação da conduta para a prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06. Argumenta que a droga destinava-se ao consumo do grupo e que, em nenhum momento, houve a prova do comércio das substâncias entorpecentes.

Sabe-se, entretanto, que para a configuração do crime descrito pelo artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, tipo penal de conteúdo múltiplo, basta a plena subsunção da conduta do acusado a um dos verbos ali presentes (no caso em tela, 'trazer consigo'), sendo desnecessária, portanto, a comprovação do exercício da mercancia.

Nessa linha de entendimento já se posicionou o colendo Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

[...]

A autoria restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante e a materialidade restou demonstrada por meio do Auto de Apresentação e Apreensão, pelo Laudo Definitivo de Constatação de Substância Entorpecente, aliado a prova oral colhida.

Quanto à prova da acusação, cumpre informar que é de suma importância na elucidação de crimes dessa natureza os testemunhos dos próprios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

policiais que efetuaram a prisão em flagrante, notadamente quando são os únicos que presenciaram o fato criminoso, que ocorre, quase sempre, de maneira velada onde são usados todos os subterfúgios para o seu acobertamento. Em sintonia com tais circunstâncias, nossos Tribunais consideram a sua força probante, os quais, são constantemente atacados pelos advogados ao argumento de flagrante forjado, tortura e coisas do gênero, não se vislumbrando, na quase totalidade dos casos, nenhuma comprovação do alegado, resultando em meras suposições e conjecturas.

A defesa diz que não há prova da mercancia da droga. Olvida, no entanto, do conhecimento dos verbos contidos no art. 33 da Lei Antidrogas cuja extensão, propositalmente perquirida pelo legislador, visa cercar-se de todos os cuidados para que o responsável pela disseminação da droga ilícita não fique impune escondendo-se entre brechas e omissões legislativas. Assim, se pune a conduta de 'vender', 'expor à venda', 'oferecer', 'ter em depósito', 'guardar', 'entregar a consumo', trazer consigo', dentre outros, não importando se foi flagrado, efetivamente, no momento da compra e venda.

Em que pese a alegação do recorrente de que o entorpecente servia ao seu consumo, a quantidade de droga, bem como a forma como a mesma encontrava-se acondicionada, indicam que a mesma não se limitavam ao uso.

Assim sendo, rejeito o pedido de desclassificação para o tipo previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, eis que, ao contrário do que alega a defesa, as provas constantes dos autos são suficientes para embasar o decreto condenatório pelo crime de tráfico.

" (e-STJ, fls. 42-44).

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que, "para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente" (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Desse modo, apoiada a condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes em prova suficiente, o acolhimento do pedido de desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.340/2006 demanda o exame aprofundado dos fatos, o que é inviável em *habeas corpus* (HC 392.153/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 1º/6/2017, DJe 7/6/2017; HC 377414/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 2/2/2017).

Em relação ao cálculo penal, observa-se que Juízo sentenciante fixou a sanção final em 5 anos de reclusão, com base nos seguintes fundamentos:

"Quanto a réu Eudório Dias Cabral Filho

Analiso os critérios fixados pelo art. 59 do CP.

Culpabilidade. Observo uma maior reprovabilidade na conduta do mesmo, o qual, desempregado, recebeu de presente do pai um automóvel, e utilizava o citado automóvel como meio para a prática do tráfico de drogas, na companhia do corréu, buscando garantir maior circulação à droga, maior certeza da Impunidade, o que deve ser valorado negativamente, a representar um mau exemplo à sociedade.

Antecedentes criminais. O réu não possui condenação transitada em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado contra sua pessoa pela prática de crime;
Conduta social. Não há elementos para desabonar a conduta social da ré;
Personalidade da ré. Poucos elementos foram carreados aos autos, impedindo que haja valoração sobre esta;
O motivo do crime: natural ao delito, não deve ser mensurado, sob pena de bis in idem;
As circunstâncias. Devem ser valoradas negativamente, pois praticada em concurso com dois agentes, o corréu Matheus Severo e o adolescente Victor Hugo Nogueira, durante a madrugada de um domingo, como forma de garantir maior impunidade.
As conseqüências do crime. A conduta da ré produziu efeitos inatos ao tipo, por ser crime contra a sociedade, vago;
Há duas circunstância judiciais a ser valorada, e por tal razão fixo a pena base em 7(sete) anos e 6(seis) meses para o crime do art. 33 da Lei de Drogas.
Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes.
Fixo a pena intermediária em 7(sete) anos e 6 (seis) meses para o crime do art. 33 da Lei de Drogas.
Vislumbro a presença de causa de diminuição da pena, contida no art. 33,§4º da Lei de drogas, visto, que o denunciada é primário, de bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas, nem integra organização criminosas, fixando no patamar de 1/3 (um terço), considerando a variedade de drogas, maconha e *crack* e a quantidade encontrada" (e-STJ, fls. 32-33).

A Corte de origem, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve o apenamento imposto, em decisão assim motivada:

"Noutro vértice do apelo, insurgiu-se o recorrente contra a pena-base que lhe fora fixada, requerendo a redução para o mínimo legal.
Na aplicação da pena o sentenciante fixou a basilar em 7 anos e 6 meses de reclusão, considerando como circunstâncias desfavoráveis a culpabilidade e as circunstâncias do crime, nos seguintes termos:

'(...)Culpabilidade. Observo uma maior reprovabilidade na conduta do mesmo, o qual, desempregado, recebera de presente do pai um automóvel, e utilizava o citado automóvel como meio para a prática do tráfico de drogas, na companhia do co-réu, buscando garantir maior circulação à droga, maior certeza da impunidade, o que deve ser valorado negativamente, a representar um mau exemplo à sociedade.

As circunstâncias. Devem ser valoradas negativamente, pois praticada em concurso com dois agentes, o co-réu Matheus Severo e o adolescente Victor Hugo Nogueira, durante a madrugada de um domingo, como forma de garantir maior impunidade(...)'

A respeito, acrescento que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são da discricionária apreciação do magistrado, que, ao fixar a duração da pena, não está obrigado a analisar cada uma delas, bastando fixar-se nas reputadas decisivas para a dosagem em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

[...]

Dessa forma, percebe-se que o magistrado, na fixação da pena-base, ao exasperá-la, norteou-se, com critério e acerto, pelas diretrizes do art. 59 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CPB, pelo que se tem a reprimenda como justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade, sobretudo porque apreendido, em poder do recorrente, significativa quantidade de *crack*, droga de alta potencialidade de dependência química e que tem contribuído, sobremaneira, para o aumento da criminalidade em nossas cidades.

Nesse diapasão, considera-se que a pena base foi aplicada obedecidos os parâmetros legais e em consonância com a jurisprudência pátria.

Pelas razões expostas, entendo que a elevada reprovabilidade da conduta do agente autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em virtude do que mantenho-a no *quantum* estabelecido, montante que concebo ser suficiente para a prevenção e reprovação da infração.

Acrescente-se, por oportuno, que estando o magistrado mais próximo aos fatos, participando ativamente da instrução do feito, melhor conhece as circunstâncias do caso para aplicar o que mais se adeque para a melhor reprovação e prevenção do crime" (e-STJ, fls. 44-45).

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.

Adotado o sistema trifásico pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Tratando-se de condenado por delitos previstos na Lei de Drogas, o art. 42 da referida norma estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, observa-se que o Tribunal de origem, atento às diretrizes do art. 59 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas, considerou a culpabilidade do agente (por utilizar veículo próprio na prática delitiva), as circunstâncias do delito (concurso de agentes) e a quantidade e a natureza de um dos entorpecentes - 13 pedras de *crack* (2g) -, para elevar a pena-base em 2 anos e 6 meses de reclusão acima do mínimo legal.

No entanto, em que pese a existência de certo grau de discricionariedade do julgador no cálculo da pena, ressalvada a aferição negativa das circunstâncias do delito, verifica-se que a decisão impugnada carece de motivação válida quanto à análise desfavorável da culpabilidade do agente, pois amparada em dado genérico. Do mesmo modo, a quantia do entorpecente apreendido, apenas 2 gramas de *crack*, não é suficiente para justificar o incremento da sanção básica.

Por certo, da análise atenda da sentença condenatória e do acórdão impugnado (e-STJ, fls. 27-32 e 42-44) nada de concreto foi encontrado para corroborar a alegação de que a utilização de seu próprio veículo tornou a conduta do paciente mais reprovável.

E, conforme a jurisprudência sedimentada desta Corte, considerações genéricas, inerentes ao próprio tipo penal ou mesmo desvinculadas do contexto fático dos autos, não servem para o agravamento da pena.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.
ROUBO. AUMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 377.234/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 1/2/2017);

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DAS DROGAS. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. MOTIVAÇÃO NÃO SUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA. 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. Na espécie, existe manifesta ilegalidade no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto a quantidade apreendida - 5,07g de maconha, 10,95g de cocaína e 1,79g de *crack* - não se mostra expressiva o suficiente a ponto de justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria.

[...]

5. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 221 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções."

(HC 427.177/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEXTA TURMA, julgado em 27/2/2018, DJe 8/3/2018).

Desse modo, sendo **as circunstâncias do delito (concurso de agentes)** o único argumento válido para o aumento da pena, fixo-a em 5 anos e 6 meses de reclusão, atento às penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos) e ao disposto nos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

No que se refere à incidência da causa especial de diminuição, observa-se que o tema não foi objeto de análise na Corte antecedente, o que impede o exame diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância (RHC 68.691/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 16/8/2017).

Entretanto, convém destacar que o Superior Tribunal de Justiça também firmou o entendimento de que é cabível a impetração de *habeas corpus* sempre que a flagrante ilegalidade influir no direito de locomoção do paciente (RHC 67.267/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/9/2018, DJe 19/9/2018).

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, o Juízo sentenciante estabeleceu o patamar de redução da pena em 1/3, diante da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido - 13 porções de *crack* (2g) e 6 de maconha (6g).

Entretanto, a míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do paciente à atividade criminosa, e considerando a 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, sobretudo por não ser expressiva a quantidade de droga apreendida.

A propósito:

"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação da reprimenda, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Ainda que o *crack* tenha um alto poder de lesividade, a inexpressiva quantidade de tóxicos apreendidos, aliados à favorabilidade das outras circunstâncias judiciais, recomenda a aplicação da causa de diminuição em seu grau máximo, ou seja, 2/3 (dois terços).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1.044.533/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017);

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A DEMONSTRAR QUE A PACIENTE NÃO SEJA PEQUENA TRAFICANTE. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO.

1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese dos autos, a Corte *a quo*, embora tenha reconhecido a primariedade da paciente, a ausência de maus antecedentes e evidências de que integrasse organização criminosa, reformou a sentença, aplicando o supracitado redutor na fração mínima, com base na quantidade da droga apreendida, concluindo não se tratar de pequeno traficante. Contudo, a quantidade de entorpecente apreendida, 17 porções de cocaína, não se mostra suficiente para se chegar a tal conclusão, à míngua de elementos concretos.

[...]

5. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC 381.399/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 8/5/2017).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

A pena-base fica estabelecida em 5 anos e 6 meses de reclusão mais 550 dias-multa, a qual se manteve inalterada, na fase intermediária, diante da ausência de atenuantes ou agravantes. Na última etapa, pela incidência da majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas, elevo-a em 1/3 e, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da referida norma, diminuo-a em 2/3, resultando definitiva em **1 ano e 10 meses de reclusão mais 183 dias-multa**.

Quanto ao regime prisional, assiste razão ao impetrante.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos a eles equiparados **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Estabelecida a pena em 1 ano e 10 meses de reclusão e verificada a primariedade do agente, o **regime aberto** é o suficiente e adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. *In casu*, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.

3. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Na hipótese, constata-se que, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação da substituição da pena por restritiva de direitos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena."

(HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

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

Cito, a propósito:

[...]

3. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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

5. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão que julgou a apelação, referiu-se apenas à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

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

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

(HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para reduzir a sanção básica e 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 10 meses de reclusão mais 183 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 de Execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0167179-3

HC 515.074 / CE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00036153020148060045 36153020148060045

EM MESA

JULGADO: 20/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PLATINI DE SOUSA ROCHA
ADVOGADO : PLATINÍ DE SOUSA ROCHA - PB024568
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE : EUDORIO DIAS CABRAL FILHO (PRESO)
CORRÉU : MATHEUS SEVERO DE SOUSA

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.