



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 399.576 - SP (2017/0110124-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO - SP279233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FIXADA EM 1/3. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO PARA 1/2. ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a aplicação do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto.

3. *In casu*, o Tribunal de origem fixou a fração em 1/3 (um terço) em razão do volume e natureza do estupefaciente apreendido. Entretanto, a quantidade da referida droga não é elevada, afastando a escolha do referido *quantum*.

4. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 1/2 (metade).

REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO.

Reduzida a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos, mister a readequação do regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea c, do CP.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS PREVISTOS NO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. PREENCHIMENTO.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito mostra-se possível quando encontram-se atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.
2. No presente caso, encontram-se preenchidos os pressupostos necessários à conversão da pena privativa de liberdade, haja vista as circunstâncias do crime noticiado.
3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e multa, alterar o regime inicial para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, a ser designada pelo Juízo Criminal Competente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 399.576 - SP (2017/0110124-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO - SP279233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de THIAGO DA SILVA contra acórdão da 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento à Apelação n. 0002928-19.2014.8.26.0038, para reduzir a pena imposta para 1 (um) ano, 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 129 (cento e vinte e nove) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto a quantidade de droga apreendida não seria motivação suficiente para referendar o redutor abaixo do patamar máximo, mormente quando o paciente é primário e as circunstâncias judiciais são favoráveis, consoante jurisprudência desta Corte Superior.

Entende que seria cabível a mitigação do regime inicial e a substituição da pena privativa por restritivas de direitos, em razão do preenchimento dos requisitos legais.

Requer a concessão da ordem constitucional para redimensionar a pena, substituindo-a por restritivas de direitos e mitigando o regime inicial.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 399.576 - SP (2017/0110124-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO.

CONCURSO MATERIAL. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO SENTIDO DE QUE AS CONDUTAS PRATICADAS TINHAM DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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.

[...]

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 366.638/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 264 (duzentos e sessenta e quatro) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:

"no dia 17 de maio de 2014, por volta das 13 horas e 40



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

minutos, na Rua Pedro Moscarde, na cidade de Araras, o apelante, trazia consigo, transportava e guardava, nas imediações de estabelecimento de ensino, 1,04g de cocaína, em três porções, 9,03g de maconha, em seis porções, 4,74g de cocaína, em doze porções.

Segundo foi apurado, policiais militares em patrulhamento de rotina, avistaram o THIAGO, em atitude suspeita, tentando fugir quando avistou a viatura. Conseguiram realizar a abordagem e encontraram com ele 3 porções de cocaína e 6 porções de maconha, além de R\$83,00. Em uma cerca próximo ao local da abordagem foi encontrada mais 12 porções de cocaína." (e-STJ fl. 14)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe deu parcial provimento, a fim de reduzir a pena imposta para 1 (um) ano, 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, e pagamento de 129 (cento e vinte e nove) dias-multa, mantido, no mais, o édito condenatório.

No que se refere à almejada aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, observa-se que o magistrado singular afastou sua incidência considerando, a saber:

"O artigo 33, parágrafo 4º, da lei agora em vigor, dispõe que: "as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O réu é reincidente e, portanto, não faz jus a esta redução." (e-STJ fl. 44)

O Tribunal estadual, por sua vez, aplicou o redutor indicado na fração de 1/3 (um terço), com o seguinte fundamento:

"Afastada a reincidência, o réu faz jus à causa de diminuição prevista no parágrafo 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas e diante da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, se mostra proporcional a redução em 1/3, resultando a pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, mais pagamento de 388 dias-multa." (e-STJ fl. 16)

Com efeito, no caso em apreço, o Tribunal de origem fixou a fração de diminuição do benefício com esteio no volume e natureza das drogas apreendidas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entretanto tal fundamento não se revela idôneo, tendo em vista que, embora não se possa dizer que seja ínfima, a quantidade de droga apreendida não se revela exagerada tratando-se de **5,78g de cocaína, e 9,03g de maconha**.

Faz-se imperioso, portanto, reconhecer o manifesto constrangimento ilegal neste ponto, em razão da ausência de motivação suficiente a legitimar a escolha da fração de redução da reprimenda. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso concreto a redução em 1/2 (metade).

Passando-se a dosimetria, tem-se que a pena-base foi fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e multa, a qual permanece inalterada, na segunda fase, em razão da ausência de agravantes ou atenuantes.

Na terceira etapa, aumenta-se a sanção em 1/6 pela majorante e reduz-se em 1/2 (metade), em razão da causa especial de diminuição, alcançando a pena **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa**.

Por fim, incide a causa de diminuição prevista no art. 26, parágrafo único, do CP em 2/3 (dois terços), resultando a pena final em 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa.

Redimensionada a sanção final, faz-se de rigor o abrandamento do modo prisional para o regime inicial aberto, em conformidade com o disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do CP.

Com relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, vê-se que diante da alteração do modo inicial de execução da pena para o aberto e tendo em vista a pena total aplicada, deve a ordem ser concedida para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, a ser designada pelo Juízo Criminal Competente, nos termos do art. 44, § 2º, 1ª parte, do Código Penal.

Nesse diapasão:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO.
TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE.
REGIME FECHADO. PENA IGUAL A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. O art. 44 do CP é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos, verificando-se, na hipótese, o preenchimento de tais requisitos, tendo em vista que as circunstâncias judiciais favorecem o paciente e a quantidade de drogas apreendidas não foi expressiva (8,81g de cocaína e 4,72g de maconha).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.

(HC 321.980/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de reduzir a pena para 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, alterar o regime inicial para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, a ser designada pelo Juízo Criminal Competente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0110124-0

HC 399.576 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00029281920148260038 20160000812630 29281920148260038

EM MESA

JULGADO: 17/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO - SP279233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO DA SILVA (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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.