



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 359.735 - RS (2016/0157673-6)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PACIENTE** : EDENILSON INACIO BATISTA

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. 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. Precedentes.

2. 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 DROGAS. FALTA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A pretendida absolvição ou desclassificação da conduta imputada ao paciente para a infração penal prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006 são questões que demandam aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.

2. No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do *habeas corpus* a reanálise dos motivos pelos quais as instâncias ordinárias formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado.

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. PREPONDERÂNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006 SOBRE O ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. AUMENTO PROPORCIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS TAMBÉM UTILIZADAS NA TERCEIRA FASE DA PENA. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 reprimenda básica acima do mínimo legal, em razão da quantidade e diversidade de tóxicos apreendidos, encontra-se devidamente justificada e proporcional as especificidades do caso versado. Precedentes.

3. Contudo, em atenção ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 666.334/AM, julgado sob o regime da repercussão geral, para se evitar a ocorrência de *bis in idem*, pois o mesmo critério, qual seja, a quantidade e a natureza da droga, não pode ser adotado para agravar a reprimenda básica e para justificar a fração do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, reduz-se a pena-base do acusado para o mínimo legal, já que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal lhe são favoráveis.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA. REDUÇÃO DA SANÇÃO EM METADE. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE MODO MENOS GRAVOSO PARA O RESGATE DA REPRIMENDA RECLUSIVA.

1. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Na espécie, embora na certidão de antecedentes criminais acostada aos autos constem diversos registros criminais em desfavor do paciente, em consulta à página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul verificou-se que foi inocentado de todas as acusações, o que afasta o óbice para a aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

3. Considerando-se que a quantidade de entorpecentes apreendidos com o paciente não se revela excessiva, a fração do redutor deve alcançar o patamar de 1/2 (metade), restando a reprimenda definitivamente estabelecida em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

4. Diante da quantidade de reprimenda imposta ao acusado, e, tendo em conta que todas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal lhe foram consideradas favoráveis, impõe-se a fixação do regime aberto para cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do referido diploma legal.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito mostra-se possível quando atendidos os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal.

2. Na hipótese em apreço, não se encontram preenchidos os pressupostos legais subjetivos para a concessão da benesse, haja vista a diversidade da droga apreendida. Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta ao paciente para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, fixando-se o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção reclusiva.

### 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), 18 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
**Relator**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 359.735 - RS (2016/0157673-6)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PACIENTE** : EDENILSON INACIO BATISTA

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de EDENILSON INACIO BATISTA, apontando como autoridade coatora a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Crime n. 70050254945.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, como incurso no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Inconformadas, acusação e defesa apelaram, tendo o recurso ministerial sido provido para redimensionar a reprimenda imposta ao réu para 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

Sustenta o impetrante que o réu deveria ser absolvido, ou que a conduta a ele imputada deveria ser desclassificada para a prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Alega que não haveria provas de que o acusado estaria praticando atos de mercancia, e que a quantidade de drogas com ele apreendida não seria suficiente para caracterizar a traficância.

Argumenta que o paciente não ostentaria outras condenações passíveis de atestar o seu envolvimento com o narcotráfico.

Entende que o réu faria jus à causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, pois não haveria nos autos evidências de que se dedicaria a atividades ilícitas ou de que integraria organização criminosa.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduz que, ante a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 pelo Supremo Tribunal Federal, o acusado deveria iniciar o cumprimento da sanção que lhe foi imposta em regime diverso do fechado,

Assevera que, diante da reprimenda imposta, o modo inicial de resgate deveria ser o semiaberto, já que o réu não seria reincidente.

Afirma que todas as circunstâncias judiciais seriam normais à espécie, motivo pelo qual a pena-base deveria ser fixada no mínimo legal.

Considera que, operada a redução da sanção, seria necessária a substituição da reprimenda reclusiva por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Requer a concessão da ordem para que o paciente seja absolvido ou para que a conduta que lhe foi imputada seja desclassificada para a prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006, ou, alternativamente, para que seja aplicada a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, alterando-se o modo de resgate da reprimenda para o semiaberto, e substituindo-se a sanção corporal por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 299/300.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 308/319, manifestou-se pela concessão parcial da ordem, para que a pena-base do acusado seja fixada no mínimo legal, estabelecendo-se o regime semiaberto para o resgate da sanção reclusiva.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.735 - RS (2016/0157673-6)

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, a absolvição do paciente ou a desclassificação da conduta que lhe foi imputada para a prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006, ou, alternativamente, a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, alterando-se o modo de resgate da reprimenda para o semiaberto, e substituindo-se a sanção corporal por restritiva de direitos.

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, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

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.

No que se refere à apontada falta de provas de que o paciente teria cometido o delito de tráfico de drogas, é imperioso ressaltar que as instâncias de origem formaram seu livre convencimento de acordo com o conjunto probatório produzido tanto na fase inquisitorial quanto na instrução criminal, concluindo pela existência de autoria e materialidade a ele assestadas.

Ao proferir sentença condenatória no feito, o magistrado singular consignou que os policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante relataram, de forma uníssona, que estavam em patrulhamento quando foram informados acerca da ocorrência de tráfico, na entrada do "beco" 'S', praticado por indivíduo de camiseta vermelha e bermuda, tendo se dirigido até o local e avistado o acusado, com as referidas características, sendo que, ao abordá-lo, com ele encontraram droga, dentro de um pote, e dinheiro (e-STJ fl. 178).

Afirmou que o réu não teria se desincumbido de provar que a droga seria para uso pessoal e, levando em consideração as demais provas carreadas aos autos,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não haveria dúvidas quanto à autoria do delito, salientando ser comum usuários de droga praticaram a mercancia para sustentar o próprio vício (e-STJ fl. 180).

Aduziu que a quantidade de a diversidade da substância entorpecente apreendida com o acusado - 20 (vinte) trouxinhas de cocaína, na forma de crack, pesando aproximadamente 3 gramas, e 2,5 gramas de maconha, embaladas para comercialização, além do fato de que com ele foram encontrados R\$ 87,40 (oitenta e sete reais e quarenta centavos) na entrada de beco conhecido como ponto de tráfico, indicariam que a droga se destinava ao consumo de terceiros (e-STJ fls. 180/181).

Por sua vez, a autoridade impetrada asseverou ser induvidosa a apreensão das substâncias entorpecentes (maconha e crack), em porções prontas para venda, e do dinheiro em poder do acusado quando do fato, em local conhecido como de tráfico, o que teria sido corroborado pelos policiais, desde o auto de prisão em flagrante (e-STJ fl. 280).

E, considerando as quantidades de drogas apreendidas em local de tráfico - 2,5 gramas de maconha e 20 pedras de crack pesando 3 gramas, essa que, por sua natureza, poderia render até mais 30 (trinta) porções menores -, embaladas individualmente, prontas para a venda, a Corte Estadual concluiu que seriam incompatíveis com o mero consumo próprio e com a condição econômica do réu, que não demonstrou exercer qualquer atividade laboral, destacando, outrossim, que a apreensão de quantia em dinheiro trocado, sem demonstração de origem lícita, corroboraria as informações da prática de tráfico no local, restando demonstrado que os tóxicos se destinariam ao comércio proscrito, e os valores encontrados provenientes da atividade criminosa (e-STJ fl. 282).

Diante deste panorama fático-processual, a desconstituição do édito repressivo, conforme pretendido no *writ*, demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que motivadamente.

Com efeito, a estreita via do *habeas corpus* não permite reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias de origem formaram o seu convencimento,





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especialmente como na hipótese, em que apresentaram motivação suficiente à condenação do paciente pela prática do crime de tráfico de drogas, sendo indubitável que, para se concluir de forma diversa seria imprescindível a realização de exame minucioso do conjunto probatório, providência que é inviável de ser adotada no âmbito do remédio constitucional, diante dos seus estreitos limites cognitivos.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*(...)*

*- A pretensão de absolvição do paciente ou desclassificação do delito de tráfico para o de uso de drogas demanda aprofundada análise do acervo fático-probatório dos autos, tarefa vedada na via estreita do habeas corpus. Uma vez que o julgador, de forma fundamentada, entendeu pela condenação, não se admite nova incursão nas razões de decidir das instâncias ordinárias.*

*(...)*

*- Habeas corpus não conhecido.*

*(HC 356.349/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)*

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.*

*(...)*

*2. As pretensões de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 não podem ser apreciadas por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos. (Precedente).*

*(...)*

*9. Habeas Corpus não conhecido.*

*(HC 349.745/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 03/06/2016)*

Quanto à dosimetria da pena imposta ao paciente, sabe-se que, em se





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *verbis*:

*"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."*

Na hipótese em apreço, o togado sentenciante registrou que *"a quantidade e a qualidade do entorpecente encontrado (crack e maconha), possui malefícios, potencial e efeitos decorrentes graves"*, razão pela qual elevou a reprimenda básica do réu em 2 (dois) meses.

Por sua vez, a autoridade impetrada entendeu que *"a natureza de uma das drogas apreendidas, no caso, o crack, substância de enorme lesividade ao usuário, é circunstância que aumenta a reprovabilidade da conduta (art. 42 da Lei nº 11.343/06) e justifica a elevação da pena-base em 06 anos de reclusão"* (e-STJ fl. 284).

Verifica-se, assim, que as instâncias de origem atuaram em consonância com o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, elevando a sanção do acusado em 1 (um) ano em razão da quantidade e da diversidade dos tóxicos encontrados, aumento que se mostra proporcional e adequado à repressão da conduta delituosa.

A propósito:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS E PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.434/2006 E DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*(...)*

*- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas 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.*

*- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.*

*- No caso, observa-se que a pena-base do delito de tráfico de entorpecentes afastou-se do mínimo legal com base na quantidade e na nocividade das drogas apreendidas (70 cápsulas de crack, pesando 13,7 gramas; e 13 porções de maconha, totalizando 14,7 gramas) e na vasta lista de antecedentes do acusado, não havendo qualquer ilegalidade a ser sanada, pois o acréscimo de 1/3 à pena basilar encontra-se proporcional e baseado em elementos concretos, devendo ser mantido em respeito à discricionariedade do julgador.*

*(...)*

*- Habeas corpus não conhecido.*

*(HC 362.280/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016)*

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.*

*(...)*

*2. O aumento da pena-base em 1/6, com base na natureza e na quantidade dos entorpecentes apreendidos, mostra-se razoável e está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal.*

*(...)*

*Habeas corpus não conhecido.*

*(HC 319.831/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)*

Contudo, em atenção ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 666.334/AM, julgado sob o regime da repercussão geral, para se evitar a ocorrência de *bis in idem*, pois o mesmo critério, qual seja, a quantidade e a natureza da droga, não pode ser adotado para agravar a reprimenda básica e para justificar a fração do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, reduz-se a pena-base do acusado para o mínimo legal, já que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal lhe são favoráveis.

Assim, a reprimenda básica do paciente resta cominada em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, e, inexistindo circunstâncias atenuantes ou agravantes, passa-se à análise da almejada aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Quanto ao ponto, observa-se que, apesar de a benesse haver sido



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecida pelo magistrado singular, foi afastada no acórdão questionado porque o réu, *"à época do fato em análise, já respondia a processo por tentativa de homicídio e lesão corporal grave e outro por furto (certidão atualizada e anexada aos autos), todos praticados em data anterior ao presente fato, evidenciando o envolvimento reiterado em crime, o que afasta os bons antecedentes"* (e-STJ fl. 285).

Feitos tais esclarecimentos, sabe-se que o § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; **c) não se dedique às atividades criminosas**; e d) não integre organização criminosa.

Na hipótese, embora na certidão de antecedentes criminais acostada à fl. 43 constem diversos registros criminais em desfavor do paciente, em consulta à página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul verificou-se que foi inocentado de todas as acusações, o que afasta o óbice para a aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Por conseguinte, considerando-se que a quantidade de entorpecentes apreendidos com o paciente não se revela excessiva, a fração do redutor deve alcançar o patamar de 1/2 (metade), restando a sanção definitivamente estabelecida em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Diante da quantidade de reprimenda imposta ao acusado, e, tendo em conta que todas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal lhe foram consideradas favoráveis, impõe-se a fixação do regime aberto para cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do referido diploma legal.

Finalmente, é impossível a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois apesar de pequena a quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente, sua diversidade indica que a conversão não se mostra suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado.

Nesse norte:

**PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PENAL DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FRAÇÃO DE 1/2. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL IMEDIATAMENTE MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

7. A quantidade, a diversidade e a natureza da substância entorpecente apreendida justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, bem como o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Precedentes.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.

(HC 364.292/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. Não obstante a reprimenda final do paciente seja inferior a 4 anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da quantidade, a natureza e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06).

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente na Ação Penal n.º 0001975-25.2014.8.26.0048.

(HC 356.550/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 29/08/2016)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para redimensionar a pena imposta ao paciente para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, fixando-se o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção reclusiva.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0157673-6

**HC 359.735 / RS**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00283748220118210033 03321100074420 100917201122650 21100074420  
283748220118210033 3321100074420 7004753683

EM MESA

JULGADO: 18/10/2016

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                                      |
|------------|------------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  |
| ADVOGADO   | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL |
| PACIENTE   | : EDENILSON INACIO BATISTA                           |

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

#### **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.