



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 302.732 - SP (2014/0218457-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ADRIANO LINO MENDONÇA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RAIMUNDO APARECIDO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. 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. Nos termos 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 organização criminosa.

3. É manifestamente desproporcional a redução da pena em 1/3, pela incidência da referida minorante, com fulcro na natureza da droga e na alegação genérica da gravidade do delito, quando ínfima a quantia de entorpecente apreendido (2,32 g de *crack*), aliada ao fato de que o paciente é primário, de bons antecedentes e não há prova de que se dedica habitualmente a atividades delitivas. Aplicação do índice de diminuição em 2/3. Precedente.

4. O pedido de alteração do regime prisional está superado, pois o paciente já se encontra no regime aberto, segundo informações do Juízo de origem.

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

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como para substituir a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da 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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de maio de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 302.732 - SP (2014/0218457-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ADRIANO LINO MENDONÇA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RAIMUNDO APARECIDO DA SILVA (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 **RAIMUNDO APARECIDO DA SILVA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo da defesa e manteve a pena do paciente em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 33, § 4º, c/c o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

Neste *writ*, alega a impetrante manifesto constrangimento ilegal, pela não aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no seu patamar máximo, embora preenchidos os requisitos legais pelo paciente. Aduz a necessidade de aplicação de regime prisional mais brando, bem como de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, seja fixado o regime aberto e deferida a permuta legal do art. 44 do CP.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 50-52).

O Ministério Público Federal não se manifestou nos autos (e-STJ, fl. 123).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 302.732 - SP (2014/0218457-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ADRIANO LINO MENDONÇA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RAIMUNDO APARECIDO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. 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. Nos termos 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 organização criminosa.

3. É manifestamente desproporcional a redução da pena em 1/3, pela incidência da referida minorante, com fulcro na natureza da droga e na alegação genérica da gravidade do delito, quando ínfima a quantia de entorpecente apreendido (2,32 g de *crack*), aliada ao fato de que o paciente é primário, de bons antecedentes e não há prova de que se dedica habitualmente a atividades delitivas. Aplicação do índice de diminuição em 2/3. Precedente.

4. O pedido de alteração do regime prisional está superado, pois o paciente já se encontra no regime aberto, segundo informações do Juízo de origem.

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

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como para substituir a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução.

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Passo a análise das alegações do impetrante.

Eis o teor do acórdão impugnado, no tocante à individualização da pena:

Quanto a pretendida aplicação da redução máxima prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, da mesma forma, não merece guarida.

Embora Raimundo seja primário e não registre antecedentes, a natureza do entorpecente (cocaína, na forma de *crack*), o modo como estavam acondicionadas e as circunstâncias da apreensão e prisão, demonstram o comportamento do réu voltado ao delito. Assim não é recomendável a redução máxima prevista no dispositivo legal, aliás, de caráter facultativo, uma vez que a norma legal dispõe que "as penas poderão ser reduzidas".

Portanto, fica ao prudente arbítrio do julgador essa análise no caso concreto.

[...]

Seguindo as diretrizes dos artigos 59 e 60, ambos do Código Penal, a pena-base foi corretamente estabelecida no mínimo legal (05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa), reconhecendo-se a causa de aumento previsto no artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006, e a benesse prevista no artigo 33, § 4º, do mesmo dispositivo legal, não comportando alteração (03 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, além de 388 dias-multa).

Mesmo reconhecendo-se a presença da atenuante da menoridade relativa, o Juiz sentenciante acertadamente deixou de considerá-la, uma vez que não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal.

[...]

É o que se depreende da Súmula 231 do STJ: "a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Ademais, as atenuantes são circunstâncias que servem para expressar uma menor culpabilidade e atenuar a pena, tendo caráter objetivo ou subjetivo. Assim, não tem qualquer ligação com a tipicidade (não fazem parte do tipo penal) e, portanto, não podem promover a redução da pena abaixo do mínimo previsto em lei.

Por oportuno, transcrevo, a seguir, trecho do acórdão impugnado no qual está delineada as circunstâncias da prisão em flagrante:

O apelante foi processado e condenado pelo crime de tráfico de drogas porque, segundo a denúncia, no dia 16 de maio de 2013, por volta das 14:30 horas, na Avenida Antonio Martiniano de Oliveira, nº 350, Jardim Cruzeiro do Sul, cidade e comarca de Araraquara - SP, agindo em concurso e com unidade de desígnios com o adolescente Jeferson Fagundes da Silva, trazia consigo e vendia, para fins de fornecimento a consumo de terceiros, 16 (dezesseis) porções contendo aproximadamente 2,32 g (dois gramas e trinta e dois decigramas) de cocaína, em forma de pedras de *crack*, acondicionadas em papel alumínio, substância entorpecente que determina dependência física e psíquica, o que fazia sem autorização legal ou regulamentar.

Apurou-se que o acusado e o menor infrator promoviam a venda de drogas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no local mencionado e, na iminência da abordagem policial, Raimundo passou as pedras de *crack* (no interior de um frasco plástico verde) ao adolescente Jeferson.

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista **apenas** nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, 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 (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Na hipótese, observa-se que a Corte de origem manteve a aplicação do redutor, no patamar de 1/3, ao argumento de que "a natureza do entorpecente (cocaína, na forma de *crack*), o modo como estavam acondicionadas e as circunstâncias da apreensão e prisão, demonstram o comportamento do réu voltado ao delito".

Contudo, da leitura atenta dos autos, observa-se que, além de ser ínfima a quantia de droga apreendida (2,32 g de *crack*), ao contrário do firmado no acórdão impugnado, não há qualquer elemento concreto que evidencia a maior gravidade do fato ou até mesmo a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. As circunstâncias do flagrante são comuns ao delito em espécie, razões pelas quais é ilegal o afastamento da minorante.

Portanto, ainda que a cocaína tenha alto poder nocivo, a ínfima quantia dos entorpecentes, aliada à aferição favorável das demais circunstâncias, recomenda a redução da pena no grau máximo, pela aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na esteira da jurisprudência desta Corte a seguir transcrita:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PREPONDERÂNCIA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. NATUREZA NOCIVA. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DA DROGA NÃO EXPRESSIVA. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

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

3. Hipótese em que o Juízo sentenciante, ao considerar como desfavorável a natureza da droga apreendida (1,9g de cocaína e 26,4g de crack), exasperou a pena-base em 1/5 (um quinto), fixando-a em 6 anos, o que se mostra desproporcional, haja vista que nenhuma outra circunstância judicial foi valorada negativamente e não ser elevada a quantidade encontrada em poder da paciente, impondo-se o redimensionamento da pena, embora a substância apreendida tenha alto poder nocivo.

4. Pena-base fixada em 5 anos e 6 meses de reclusão, mais 550 dias-multa, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ficando a reprimenda final em 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, mais pagamento de 213 dias-multa.

5. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art.

33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, também o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. Nos termos das Súmulas 718 e 719 do STF, o regime mais gravoso exige fundamento idôneo, não constituindo motivo idôneo a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito.

7. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de droga apreendida (1,9g de cocaína e 26,4g de crack), a teor do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

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 redimensionar a pena da paciente para 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, mais pagamento de 213 dias-multa, bem como para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo de execução."

(HC 366.112/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 28/09/2016).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

Mantenho o apenamento básico em 5 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, tal como procedido pela Corte de origem, que considerou favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na segunda fase, embora reconhecida a atenuante da menoridade, a pena mantém-se inalterada, conforme entendimento sedimentado no Enunciado Sumular 231 do STJ.

Na terceira etapa, nos termos acima expostos, reduzo a reprimenda em 2/3, pela causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tornando-a definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

No tocante ao regime prisional, a questão está prejudicada, pois, segundo informações do Juízo de origem, o paciente estava já cumprindo pena no modo aberto.

Por fim, quanto ao pedido de deferimento da permuta legal, assiste razão ao impetrante.

Verificada a primariedade do paciente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, 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, o seguinte precedente:

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

3. A partir do 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.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias referiram-se apenas à gravidade abstrata do delito para fixar o regime inicial semiaberto e negar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao 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.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais"

(HC 346.761/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 11/03/2016).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para aplicar a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo de 2/3 (dois terços), reduzindo a pena do paciente para 1 (um) ano, e 8 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Substituo, ainda, a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser fixada pelo Juízo da execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0218457-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 302.732 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00126909620138260037 1090253 126909620138260037 9362013

EM MESA

JULGADO: 23/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ADRIANO LINO MENDONÇA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RAIMUNDO APARECIDO DA SILVA (PRESO)

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