



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.787 - ES (2016/0005041-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : **ANDERSON GUTEMBERG COSTA**
ADVOGADO : **ANDERSON GUTEMBERG COSTA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
PACIENTE : **LEONARDO FIGUEIREDO BISSOLI**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FRAÇÃO DE 1/2. NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. "CRACK". FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/1990, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional. No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício.

2. 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 às atividades criminosas nem integre organização criminosa. A razão de ser do chamado tráfico privilegiado consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida.

3. Na hipótese, ao contrário do que entendeu o Tribunal *a quo*, o fato de o paciente ter respondido a ato infracional análogo ao crime de roubo e de ter sido preso no curso da ação penal em tela portando entorpecente não autoriza a conclusão inequívoca de que ele se dedica à atividade criminosa. Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa. Contudo, na espécie, a quantidade de entorpecente apreendida, 14 pedras de "crack" (35g), também



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se mostra suficiente para se concluir pela dedicação do paciente à atividade criminosa, à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, razão pela qual o paciente faz jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, levando-se em conta a natureza da droga.

4. O Pleno do eg. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados.

5. Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o Julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

6. Sob tal perspectiva, dada a quantidade de pena aplicada (2 anos e 6 meses de reclusão) e fixada a pena-base no mínimo legal, o paciente deve ser submetido ao regime inicial aberto de cumprimento de pena.

7. Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, impõe-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelos Juízo da Execução Penal.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na fração de 1/2, e, assim reduzir a pena definitiva para 2 anos e 6 meses de reclusão, bem como fixar o regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, por maioria, ordem de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Nefi Cordeiro. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 1º de setembro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.787 - ES (2016/0005041-9)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : ANDERSON GUTEMBERG COSTA
ADVOGADO : ANDERSON GUTEMBERG COSTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : LEONARDO FIGUEIREDO BISSOLI

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de LEONARDO FIGUEIREDO BISSOLI, no qual se aponta como autoridade coatora o eg. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Apelação Criminal n. 0026455-14.2012.8.08.0024).

Em primeira instância, o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa, no valor mínimo legal, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido surpreendido com 14 pedras de "crack".

O Tribunal de origem negou provimento à apelação defensiva, mantendo a r. sentença condenatória, em aresto assim ementado (e-STJ fl. 93):

APELAÇÃO CRIMINAL - ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06 - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 - DESCABIMENTO - RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI DE TÓXICOS - INCABÍVEL - ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA - PREJUDICADO - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1 - O crime de tráfico ilícito de entorpecentes é de ação múltipla, sendo que a prática de qualquer uma das condutas incriminadoras previstas no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 autoriza uma condenação. 2 - Restando patente que o acusado estava envolvido com o tráfico de entorpecentes, encontram-se devidamente confirmadas a autoria e a materialidade delitivas. 3 - Assim, havendo prova robusta acerca da prática do delito disposto no artigo 33 da Lei de Tóxicos, tem-se como correta a manutenção da condenação do réu. 4 - Estando a autoria e materialidade do delito de tráfico de drogas indubitavelmente comprovadas, não há que se falar em desclassificação da conduta do acusado para a prevista no artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

28 da Lei nº 11.343/06. 5 - Incabível o pleito de reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, eis que apesar de se tratar de réu primário, no caso em apreço, restou demonstrado que ele se dedicava à atividade criminosa, inclusive, em razão da sua conduta social ser voltada para a criminalidade, e ainda, da quantidade de droga apreendida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 6 - A improcedência do pedido de reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, conduz a prejudicialidade do pleito de alteração do regime inicial de cumprimento da reprimenda. 7 - Recurso conhecido e improvido. (grifei).

Daí o *writ* em exame, no qual o impetrante aponta constrangimento ilegal decorrente do não reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem fundamentação idônea, sobretudo porque o referido dispositivo legal não faz menção à quantidade de droga. Ressalta que a apreensão de 14 pedras de "crack", equivalentes a 35g, não se revela expressiva, e que tal quantidade justificaria, na pior das hipóteses, a redução da pena em menor fração.

Assevera não estarem caracterizados os maus antecedentes, na medida em que *"o último processo já transitado em julgado do paciente foi em 16/12/1999 (fl. 84), já superado o período depurador"* (e-STJ fl. 7), tratando-se de ato infracional ocorrido quando ele contava 14 anos de idade.

Requer, dessa forma, o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e, por consequência, a fixação do regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Indeferido o pedido liminar (e-STJ fls. 122/124) e prestadas as informações solicitadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem de ofício *"para aplicar a minorante do § 4º da Lei de Drogas no patamar médio, adequando-se o regime prisional à pena final aplicada, nos termos da lei penal"* (e-STJ fls. 147/155).

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.787 - ES (2016/0005041-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional.

No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício. Nesse mesmo sentido: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJe de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJe de 27/5/2015.

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

In casu, vislumbro o alegado constrangimento ilegal decorrente do não reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

De acordo com o aludido 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 às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A razão de ser do chamado tráfico privilegiado, de que trata o citado dispositivo, consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida. A propósito, confira-se a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguinte lição:

[...]. Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente), vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se da pena mais branda. (In Lei penais e processuais penais comentadas. Guilherme de Souza Nucci. 9ªed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 358-359).

Na hipótese, o Juízo Sentenciante, ao proceder à dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, afastou a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, amparando-se nos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 69/71):

Passo a dosimetria.

Cumprindo a determinação do art. 68 do Código Penal, inicio a fixação da pena pela análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo código.

Quanto à culpabilidade, considero-a em grau elevado, visto que ao traficar a droga destrói a sua própria família, a dos outros e pode levar outras pessoas à prática do crime. O acusado não possui antecedentes criminais. Conduta social sem elementos para ser aferida. Personalidade do agente de pessoa comum. Não ficou provado qualquer motivo para a conduta. As circunstâncias do crime são comuns à espécie, demonstrando, o acusado, fraqueza para buscar ganhar dinheiro fácil. As consequências do delito são nefastas para os usuários, suas famílias e toda a sociedade; por fim as vítimas são os usuários e as famílias e de forma remota, a sociedade.

Fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa à base de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato.

Reconheço a circunstância atenuante da menoridade, eis que ao tempo dos fatos o acusado era menor de 21 anos, mas deixo de aplicá-la em razão de já ter aplicado a pena em seu mínimo legal.

Ausentes circunstâncias agravantes, bem como causa de aumento ou diminuição, torno a pena base fixada em definitiva.

Para mim, não basta o acusado ser primário, de bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas, mas como tem se manifestado alguns julgadores superiores, devem ser levadas em consideração as circunstâncias do art. 59 do CP. Penso, também, que para uma pessoa estar com tanta droga escondida na cueca, ser usuário como alega, bem como ele mesmo fazer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tudo para estar em condições de comercializá-la, demonstra o grau de envolvimento na atividade criminosa, pelo que o regime de cumprimento de pena deve ser o mais gravoso.

Levando em consideração o entendimento do que prevê o art. 33 do CP, nos parágrafos segundo e terceiro, com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo código já analisadas e perfeitamente individualizada a conduta do acusado, observo que para melhor prevenção do crime e justa repreensão para que ele reflita, detidamente, os seus atos, o regime inicial de cumprimento de pena que melhor se adequa é o fechado, que imponho neste momento. (grifei).

Por sua vez, a Corte de origem, ao apreciar o recurso de apelação interposto pela defesa, assim se manifestou sobre o tema (e-STJ fls. 100/102):

Acerca do pedido de reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, de igual forma, tenho que o referido pleito recursal não merece acolhimento.

A Lei nº 11.343/06, em seu artigo 33, §4º, dispõe que quando o agente for primário, possuir bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou não integrar alguma organização nesse sentido, a pena poderá ser reduzida de um sexto (1/6) a dois terços (2/3).

Por oportuno, destaco que a jurisprudência pátria vem firmando o entendimento do que é capaz de caracterizar o requisito relativo a dedicação à atividade criminosa.

Nesta quadra, importante transcrever o seguinte aresto jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CONTROVÉRSIA REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO AO RECORRENTE COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA E NA FORMA DE ACONDICIONAMENTO: POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Na espécie, os fatos que ensejaram a não-aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (quantidade da droga e forma de acondicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do recorrente às atividades criminosas. 2. A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas. 3. O habeas corpus não é prestante para revisar os elementos de prova invocados pelas instâncias de mérito a refutar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 4. Habeas corpus denegado. (STF; HC 98.167; GO; 1ª Turma; Relª Min. Carmen Lúcia; Julg. 27/04/2010; DJE 14/05/2010; Pág. 54)

Assim, em conformidade com o referido entendimento, o magistrado está autorizado a afastar o reconhecimento da causa de diminuição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº11.343/06, quando uma das situações caracterizadoras da atividade criminosa estiver presente.

Por oportuno, destaco que nestas situações estão enquadradas a conduta social do agente, o concurso de agentes, a receptação, a apreensão de apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de entorpecentes e os maus antecedentes.

Compulsando o caderno processual, observo que o ilustre magistrado "a quo" afastou a aplicação da referida benesse em função de ter entendido que o apelante se dedicava à atividade criminosa, entendimento do qual também comungo.

Digo isto, pois a análise dos elementos amealhados aos autos indica que a conduta social do acusado é voltada para a criminalidade, eis que no curso da presente ação penal foi novamente preso portando entorpecentes, além do fato de ostentar uma representação criminal por prática de ato infracional análogo ao crime previsto no artigo 157 do Código Penal.

Saliento ainda, que a quantidade de entorpecentes apreendidos com o acusado, ou seja, quatorze (14) pedras de crack, também foi determinante para o afastamento da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que ela, conforme disposto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é situação que serve para a caracterização da atividade criminosa.

Deste modo, entendo que o pleito defensivo de reconhecimento da minorante do §4º, do artigo 33, da Lei nº11.343/06, mostra-se incabível.

Assim, ante a improcedência do referido pedido, resta prejudicado o pleito de alteração do regime inicial de cumprimento da reprimenda. (grifei).

Ao contrário do que entendeu o Tribunal de origem, o fato de o paciente ter respondido a ato infracional análogo ao crime de roubo e de ter sido preso no curso da ação penal em tela portando entorpecente não autoriza a conclusão inequívoca de que ele se dedica à atividade criminosa.

Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa. Contudo, na espécie, entendo que a quantidade de entorpecente apreendida, 14 pedras de "crack" (35g), também não se mostra suficiente para se concluir pela dedicação do paciente à atividade criminosa, à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, razão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela qual entendo que o paciente faz jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, levando-se em conta a natureza do entorpecente.

No ponto, adoto os judiciosos fundamentos expostos pelo representante do Ministério Público Federal, que ora reproduzo (e-STJ fls. 152/155):

*Diferentemente do que fundamentaram as instâncias ordinárias, podemos concluir pela análise das transcrições acima mencionadas que **o paciente é primário, de bons antecedentes em razão do ato infracional não poder ser considerado para efeitos de maus antecedentes, bem como o fato do paciente de ter sido preso no curso da presente ação penal portando entorpecente não significa que integre organização criminosa.***

Dispõe o § 4º, da Lei de Drogas "Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Com efeito, é o caso de aplicar a benesse no patamar médio, uma vez que não é caso de aplicação no patamar máximo ou mínimo em razão da qualidade da droga apreendidas (14 pedras de crack).

Nessa toada, o art. 42, da Lei 11.343/06', estabelece que quando da fixação das penas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância apreendida.

A jurisprudência dessa Corte Superior não destoa desse entendimento, como bem demonstra o aresto a seguir (grifo nosso):

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. PENAS ALTERNATIVAS. PENA SUPERIOR À 4 ANOS. NÃO APLICAÇÃO. HC NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A natureza e a quantidade de droga justificam a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado no patamar máximo e a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento de pena.

3. Não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nas hipóteses em que a pena fixada foi maior de 4 anos, nos termos dos arts. 44, inc. I, do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, é também da jurisprudência dessa Corte Superior que o magistrado não está obrigado a aplicar a minorante em seu grau máximo, podendo se valer do exercício subjetivo do livre convencimento motivado, senão vejamos (grifo nosso):

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.

1. O legislador não definiu os critérios a serem adotados pelo magistrado para a escolha do percentual de redução da pena no crime de tráfico de entorpecentes. Dessa forma, compete ao juiz de primeiro grau, dentro do seu livre convencimento motivado, considerar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

2. Na espécie, o Juízo de primeiro grau aplicou a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, em 1/6 (um sexto), em razão da gravidade da conduta, visto que o agravante foi preso em flagrante, ao tentar embarcar em voo internacional, com considerável quantidade de droga - 1463,9 g (um mil quatrocentos e sessenta e três gramas e nove decigramas) de cocaína -, justificando, fundamentadamente, a escolha do percentual no patamar mínimo.

3. Nesse contexto, não cabe aqui, em sede de recurso especial, reexaminar o juízo subjetivo de convencimento do juiz sentenciante, se não se vislumbra nenhuma ofensa aos dispositivos de leis federais apontados pelo agravante, atraindo, assim, a incidência da Súmula 7 desta Corte.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Portanto, tem-se que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o réu não é reincidente, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e o motivo lhes são favoráveis, sendo de rigor a aplicação do tráfico privilegiado. (grifei).

Dessa forma, deve incidir a fração de 1/2, relativa à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase da dosimetria.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. ACUSADOS SEM OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RESTABELECIMENTO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FRAÇÃO REDUTORA ESTABELECIDA NA SENTENÇA. REGIME PRISIONAL FECHADO E VEDAÇÃO À APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA DEFERIDOS, POIS PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...].

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Não há como manter a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, que afastou a figura do tráfico privilegiado sob a tese de que os pacientes dedicam-se às atividades criminosas pelo fato de não exercerem atividade lícita, pois estavam desempregados à época dos fatos. Ademais, a quantidade da droga apreendida (13 cápsulas de cocaína, pesando 9,9 gramas), apesar de nociva, não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação dos acusados às atividades ilícitas.

- É de ser mantida a fração redutora de 1/2 aplicada pelo sentenciante, pois, no caso, a natureza da droga apreendida - cocaína - constitui critério idôneo para impedir a aplicação do redutor em sua fração máxima, mas a sua diminuta quantidade - 9,9g - revela a necessidade da manutenção da fração intermediária.

- 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.

- 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.

- Hipótese em que os pacientes são primários, condenados a pena não superior a 4 anos de reclusão, com análise favorável das circunstâncias judiciais, razão pela qual fazem jus ao regime inicial aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição da pena corporal por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a sentença que fixou a pena em 2 anos e 6



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão e 250 dias-multa, modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(HC 313.899/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016) (grifei).

Passo, assim, à readequação da dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, mantendo os parâmetros adotados pela Corte de origem.

Na primeira fase, mantém-se a fixação da pena-base no mínimo legal (5 anos de reclusão). Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade e ausentes circunstâncias agravantes, a pena permanece naquele patamar, conforme o Enunciado n. 231 da Súmula do STJ. Na terceira fase, aplica-se a fração de 1/2, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o que, à falta de causas de aumento, perfaz a pena definitiva de 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

Reduzida a reprimenda definitiva para 2 anos e 6 meses de reclusão, passo à análise do regime prisional.

O Pleno do eg. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o Julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Sob tal perspectiva, diante dos parâmetros acima aludidos, dada a quantidade de pena aplicada (2 anos e 6 meses de reclusão) e fixada a pena-base no mínimo legal, em face da análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, fixa-se o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

À vista de tais pressupostos, não se conhece do *habeas corpus*. Contudo, **concede-se a ordem, de ofício, apenas para reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, e, assim, reduzir a reprimenda para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estipuladas pelo Juízo da Execução Penal.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.787 - ES (2016/0005041-9)

VOTO-VENCIDO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Os autos do presente *habeas corpus* foram assim sumariados pelo relator, o preclaro Ministro Antonio Saldanha Palheiro:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de LEONARDO FIGUEIREDO BISSOLI, no qual se aponta como autoridade coatora o eg. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Apelação Criminal n. 0026455-14.2012.8.08.0024).

Em primeira instância, o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa, no valor mínimo legal, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido surpreendido com 14 pedras de "crack".

O Tribunal de origem negou provimento à apelação defensiva, mantendo a r. sentença condenatória, em aresto assim ementado (e-STJ fl. 93):

APELAÇÃO CRIMINAL - ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06 - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 - DESCABIMENTO - RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI DE TÓXICOS - INCABÍVEL - ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA - PREJUDICADO - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1 - O crime de tráfico ilícito de entorpecentes é de ação múltipla, sendo que a prática de qualquer uma das condutas incriminadoras previstas no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 autoriza uma condenação. 2 - Restando patente que o acusado estava envolvido com o tráfico de entorpecentes, encontram-se devidamente confirmadas a autoria e a materialidade delitivas. 3 - Assim, havendo prova robusta acerca da prática do delito disposto no artigo 33 da Lei de Tóxicos, tem-se como correta a manutenção da condenação do réu. 4 - Estando a autoria e materialidade do delito de tráfico de drogas indubitavelmente comprovadas, não há que se falar em desclassificação da conduta do acusado para a prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06. 5 - **Incabível o pleito de reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, eis que apesar de se tratar de réu primário, no caso em apreço, restou demonstrado que ele se dedicava à atividade criminosa, inclusive, em razão da sua conduta social ser voltada para a criminalidade, e ainda, da quantidade de droga apreendida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.** 6 - A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

improcedência do pedido de reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, conduz a prejudicialidade do pleito de alteração do regime inicial de cumprimento da reprimenda. 7 - Recurso conhecido e improvido. (grifei).

Daí o *writ* em exame, no qual o impetrante aponta constrangimento ilegal decorrente do não reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem fundamentação idônea, sobretudo porque o referido dispositivo legal não faz menção à quantidade de droga. Ressalta que a apreensão de 14 pedras de "crack", equivalentes a 35g, não se revela expressiva, e que tal quantidade justificaria, na pior das hipóteses, a redução da pena em menor fração.

Assevera não estarem caracterizados os maus antecedentes, na medida em que "o último processo já transitado em julgado do paciente foi em 16/12/1999 (fl. 84), já superado o período depurador" (e-STJ fl. 7), tratando-se de ato infracional ocorrido quando ele contava 14 anos de idade.

Requer, dessa forma, o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e, por consequência, a fixação do regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Indeferido o pedido liminar (e-STJ fls. 122/124) e prestadas as informações solicitadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem de ofício "para aplicar a minorante do § 4º da Lei de Drogas no patamar médio, adequando-se o regime prisional à pena final aplicada, nos termos da lei penal" (e-STJ fls. 147/155).

É, em síntese, o relatório.

Pelo seu voto, o insigne Ministro Antonio Saldanha Palheiro não conheceu do *writ*, concedendo, contudo, a ordem de ofício "para reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, e, assim, reduzir a reprimenda para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estipuladas pelo Juízo da Execução Penal", *verbis*:

A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional.

No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício. Nesse mesmo sentido: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJe de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJe de 27/5/2015.

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

In casu, vislumbro o alegado constrangimento ilegal decorrente do não reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

De acordo com o aludido 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 às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A razão de ser do chamado tráfico privilegiado, de que trata o citado dispositivo, consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida. A propósito, confira-se a seguinte lição:

[...]. Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente), vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se da pena mais branda. (In Lei penais e processuais penais comentadas. Guilherme de Souza Nucci. 9ªed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 358-359).

Na hipótese, o Juízo Sentenciante, ao proceder à dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, afastou a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, amparando-se nos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 69/71):

Passo a dosimetria.

Cumprindo a determinação do art. 68 do Código Penal, inicio a fixação da pena pela análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo código.

Quanto à culpabilidade, considero-a em grau elevado, visto que ao traficar a droga destrói a sua própria família, a dos outros e pode levar outras pessoas à prática do crime. O acusado não possui antecedentes criminais. Conduta social sem elementos para ser aferida. Personalidade do agente de pessoa comum. Não ficou provado qualquer motivo para a conduta. As circunstâncias do crime são comuns à espécie, demonstrando, o acusado, fraqueza para buscar ganhar dinheiro fácil. As conseqüências do delito são nefastas para os usuários, suas famílias e toda a sociedade; por fim as vítimas são os usuários e as famílias e de forma remota, a sociedade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa à base de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato.

Reconheço a circunstância atenuante da menoridade, eis que ao tempo dos fatos o acusado era menor de 21 anos, mas deixo de aplicá-la em razão de já ter aplicado a pena em seu mínimo legal.

Ausentes circunstâncias agravantes, bem como causa de aumento ou diminuição, torno a pena base fixada em definitiva.

Para mim, não basta o acusado ser primário, de bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas, mas como tem se manifestado alguns julgadores superiores, devem ser levadas em consideração as circunstâncias do art. 59 do CP. Penso, também, que para uma pessoa estar com tanta droga escondida na cueca, ser usuário como alega, bem como ele mesmo fazer tudo para estar em condições de comercializá-la, demonstra o grau de envolvimento na atividade criminosa, pelo que o regime de cumprimento de pena deve ser o mais gravoso.

Levando em consideração o entendimento do que prevê o art. 33 do CP, nos parágrafos segundo e terceiro, com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo código já analisadas e perfeitamente individualizada a conduta do acusado, observo que para melhor prevenção do crime e justa repreensão para que ele reflita, detidamente, os seus atos, o regime inicial de cumprimento de pena que melhor se adequa é o fechado, que imponho neste momento. (grifei).

Por sua vez, a Corte de origem, ao apreciar o recurso de apelação interposto pela defesa, assim se manifestou sobre o tema (e-STJ fls. 100/102):

Acerca do pedido de reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, de igual forma, tenho que o referido pleito recursal não merece acolhimento.

A Lei nº 11.343/06, em seu artigo 33, § 4º, dispõe que quando o agente for primário, possuir bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou não integrar alguma organização nesse sentido, a pena poderá ser reduzida de um sexto (1/6) a dois terços (2/3).

Por oportuno, destaco que a jurisprudência pátria vem firmando o entendimento do que é capaz de caracterizar o requisito relativo a dedicação à atividade criminosa.

Nesta quadra, importante transcrever o seguinte aresto jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

(...)

Assim, em conformidade com o referido entendimento, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

magistrado está autorizado a afastar o reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, quando uma das situações caracterizadoras da atividade criminosa estiver presente.

Por oportuno, destaco que nestas situações estão enquadradas a conduta social do agente, o concurso de agentes, a receptação, a apreensão de apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de entorpecentes e os maus antecedentes.

Compulsando o caderno processual, observo que o ilustre magistrado "a quo" afastou a aplicação da referida benesse em função de ter entendido que o apelante se dedicava à atividade criminosa, entendimento do qual também comungo.

Digo isto, pois a análise dos elementos amealhados aos autos indica que a conduta social do acusado é voltada para a criminalidade, eis que no curso da presente ação penal foi novamente preso portando entorpecentes, além do fato de ostentar uma representação criminal por prática de ato infracional análogo ao crime previsto no artigo 157 do Código Penal.

Saliento ainda, que a quantidade de entorpecentes apreendidos com o acusado, ou seja, quatorze (14) pedras de crack, também foi determinante para o afastamento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que ela, conforme disposto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é situação que serve para a caracterização da atividade criminosa.

Deste modo, entendo que o pleito defensivo de reconhecimento da minorante do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, mostra-se incabível.

Assim, ante a improcedência do referido pedido, resta prejudicado o pleito de alteração do regime inicial de cumprimento da reprimenda. (grifei).

Ao contrário do que entendeu o Tribunal de origem, o fato de o paciente ter respondido a ato infracional análogo ao crime de roubo e de ter sido preso no curso da ação penal em tela portando entorpecente não autoriza a conclusão inequívoca de que ele se dedica à atividade criminosa.

Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa. Contudo, na espécie, entendo que a quantidade de entorpecente apreendida, 14 pedras de "crack" (35g), também não se mostra suficiente para se concluir pela dedicação do paciente à atividade criminosa, à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, razão pela qual entendo que o paciente faz jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, levando-se em conta a natureza do entorpecente.

No ponto, adoto os judiciosos fundamentos expostos pelo representante do Ministério Público Federal, que ora reproduzo (e-STJ fls. 152/155):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diferentemente do que fundamentaram as instâncias ordinárias, podemos concluir pela análise das transcrições acima mencionadas que **o paciente é primário, de bons antecedentes em razão do ato infracional não poder ser considerado para efeitos de maus antecedentes, bem como o fato do paciente de ter sido preso no curso da presente ação penal portando entorpecente não significa que integre organização criminosa.**

Dispõe o § 4º, da Lei de Drogas "Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Com efeito, é o caso de aplicar a benesse no patamar médio, uma vez que não é caso de aplicação no patamar máximo ou mínimo em razão da qualidade da droga apreendidas (14 pedras de crack).

Nessa toada, o art. 42, da Lei 11.343/06, estabelece que quando da fixação das penas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância apreendida.

A jurisprudência dessa Corte Superior não destoa desse entendimento, como bem demonstra o aresto a seguir (grifo nosso):

(...)

Ademais, é também da jurisprudência dessa Corte Superior que o magistrado não está obrigado a aplicar a minorante em seu grau máximo, podendo se valer do exercício subjetivo do livre convencimento motivado, senão vejamos (grifo nosso):

(...)

Portanto, tem-se que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o réu não é reincidente, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e o motivo lhes são favoráveis, sendo de rigor a aplicação do tráfico privilegiado. (grifei).

Dessa forma, deve incidir a fração de 1/2, relativa à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase da dosimetria.

A propósito, confira-se:

(...)

Passo, assim, à readequação da dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, mantendo os parâmetros adotados pela Corte de origem.

Na primeira fase, mantém-se a fixação da pena-base no mínimo legal (5 anos de reclusão). Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade e ausentes circunstâncias agravantes, a pena permanece naquele patamar,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme o Enunciado n. 231 da Súmula do STJ. Na terceira fase, aplica-se a fração de 1/2, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o que, à falta de causas de aumento, perfaz a pena definitiva de 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

Reduzida a reprimenda definitiva para 2 anos e 6 meses de reclusão, passo à análise do regime prisional.

O Pleno do eg. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o Julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Sob tal perspectiva, diante dos parâmetros acima aludidos, dada a quantidade de pena aplicada (2 anos e 6 meses de reclusão) e fixada a pena-base no mínimo legal, em face da análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixa-se o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

À vista de tais pressupostos, não se conhece do habeas corpus. Contudo, concede-se a ordem, de ofício, apenas para reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, e, assim, reduzir a reprimenda para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estipuladas pelo Juízo da Execução Penal.

É como voto.

Tal compreensão sagrou-se vencedora no seio da egrégia Sexta Turma, **oportunidade em que fiquei vencida**, amparada nos argumentos que seguem.

O art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, verifica-se que o Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, afastou a incidência da causa especial de redução de pena à espécie por entender - assim como o fez o juízo sentenciante - que o paciente se dedicava às atividades criminosas, tendo em vista que, na dicção do aresto combatido, **"a análise dos elementos amealhados**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aos autos indica que a conduta social do acusado é voltada para a criminalidade, eis que no curso da presente ação penal foi novamente preso portando entorpecentes".

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão não pode ser revista sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. No caso vertente, não obstante a paciente seja primária e possuidora de bons antecedentes, o juiz sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a acreditar que ela se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao cometimento do narcotráfico.

3. Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do *habeas corpus*.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 291.540/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (...) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...)

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

(...)

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa denominada Comando Vermelho, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente em relação ao paciente JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC 261.282/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 09/04/2014)

Do Supremo Tribunal Federal, colho os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, *CAPUT*, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO PELO JUÍZO SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ANÁLISE DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE SER INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...)

(...)

3. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. A análise da dedicação, ou não, do agente com atividade criminosa demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do *habeas corpus*. Precedentes: RHC 105.150, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Rel. a Min. Rosa Weber, DJe de 25.09.12.

5. A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010.

(...)

9. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo processante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que, afastado o óbice constante do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, verifique se o paciente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime diverso de fechado.

(RHC 121092, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe-088 DIVULG 09-05-2014 PUBLIC 12-05-2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, MAS DENEGADA.

1. A não aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar a configuração de alguma das hipóteses descritas no preceito legal (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.

2. No caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, que o paciente se dedicaria à atividades criminosas, em especial à prática do crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do habeas corpus para o revolvimento do conjunto fático-probatório, a fim de reexaminar o que decidido pelas instâncias ordinárias.

3. O acórdão impugnado não apreciou os fundamentos invocados na impetração no que concerne ao regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria indevida supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Precedentes.

4. Ordem parcialmente conhecida, mas denegada.

(HC 111607, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0005041-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 346.787 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00264551420128080024 264551420128080024

EM MESA

JULGADO: 01/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDERSON GUTEMBERG COSTA
ADVOGADO : ANDERSON GUTEMBERG COSTA - ES007653
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : LEONARDO FIGUEIREDO BISSOLI

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.