



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.342 - SC (2017/0179997-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : SUYNAN DE JESUS FERNANDES (PRESO)

EMENTA

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

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

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

TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. REDUÇÃO AO MÍNIMO PREVISTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/06, 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 fundamentação utilizada para a exasperação da pena-base além do mínimo não se mostra idônea, em razão da pequena quantidade do estupefaciente apreendido, sendo necessário sua redução ao mínimo legal.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. NEGATIVA DE INCIDÊNCIA. ATO INFRACIONAL INDICANDO A RELAÇÃO COM ATIVIDADE CRIMINOSA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. APLICAÇÃO DA BENESSE NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). REDUZIDA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

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

2. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a aplicação do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto.

3. *In casu*, as instâncias de origem afastaram a aplicação do benefício em razão da prática pelo paciente de atos infracionais, como forma de indicar a habitualidade criminosa. Entretanto, o fundamento se revela inidôneo, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, impondo a sua incidência.

4. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 2/3 (dois terços).

REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REPRIMENDA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA LEI DE DROGAS NO PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, e levando-se em conta a fixação da reprimenda básica no mínimo legal e a redução da pena em sua fração máxima, mister a readequação do regime inicial para o aberto e a substituição da pena privativa por duas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juiz Criminal competente.

2. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e multa, em regime inicial aberto e determinar a substituição da pena privativa por duas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juiz Criminal competente.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 19 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.342 - SC (2017/0179997-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : SUYNAN DE JESUS FERNANDES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de SUYNAN DE JESUS FERNANDES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que deu parcial provimento à Apelação n. 0001458-22.2016.8.24.0075, mantendo sua condenação à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e redimensionando a pena de multa para 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o binômio natureza/quantidade do estupefaciente apreendido seria fundamento inidôneo para justificar o incremento da pena-base e, nos casos em que a quantidade seja ínfima o aumento não poderia ser realizado.

Defende que seria cabível a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sendo que os fatos praticados na adolescência não teriam o condão de macular a vida adulta do paciente.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja readequada a sanção do paciente.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Estadual manifestou-se pela concessão da ordem de ofício a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.342 - SC (2017/0179997-0)

VOTO

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

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. HOMICÍDIO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÕES FINAIS. PRESCINDIBILIDADE. INÉRCIA DA DEFESA, DEVIDAMENTE INTIMADA PARA REALIZAÇÃO DO ATO. ARTIGO 565 DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 366.706/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 16/11/2016)

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

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:

"[...] no dia 16 de março de 2016 (quarta-feira), por volta das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

16h30min na Avenida Visconde de Barbacena, Bairro Passagem, Tubarão-SC", conhecido local de intenso comércio de entorpecentes, o denunciado Suynan de Jesus Fernandes trazia consigo para venda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 4,3g da substância entorpecente conhecida como "crack" (laudo de Constatação Preliminar de Drogas 11. 57). estando essa droga devidamente dividida e embalada em 43 porções, sendo o denunciado flagrado na ação delitiva pela Polícia Militar que, com viatura descaracterizada efetuou campana no local, avistando o denunciado nas proximidades do trilho efetuando o comércio de entorpecentes a diversos usuários, sendo abordado e localizado consigo, ainda, a importância de R\$ 149,00 em notas de diversos valores (Auto de Kxibição c Apreensão de fl. 56). ocasião em que recebeu voz de prisão." (e-STJ fl. 175)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual deu parcial provimento à irresignação, apenas para redimensionar a pena de multa para 500 (quinhentos) dias-multa, mantido, no mais, o édito condenatório.

Quanto à pretendida redução da pena na primeira fase da dosimetria, o Tribunal estadual, ao manter a reprimenda básica estabelecida pelo Togado singular asseverou, a saber:

"O aumento da pena-base com base na nocividade da droga apreendida (crack) e na quantidade (43 pedras) foi adequadamente realizado porque está de acordo com o previsto no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

[...]

Portanto, agiu com acerto o magistrado sentenciante ao exasperar a pena com base na natureza e quantidade da droga." (e-STJ fls. 295/296)

Quanto ao ponto, cumpre registrar que a aplicação da pena-base é o momento no qual o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de reprimenda a ser aplicada ao condenado, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no *caput* do artigo 59 do Código Penal, os quais não deve se furtar a analisar individualmente, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Em se tratando de crimes previstos na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da penas, deve considerar, ainda, e 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 11.343/06, *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.

No caso dos autos, observa-se que a Corte de origem, atuando em consonância com o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06, considerou a natureza e a quantidade das droga apreendida - **4,3 g de crack (e-STJ fl. 175)**-, ao estabelecer o aumento de 1/6 (um sexto) além do mínimo legal, entretanto tal fundamento não se revela idôneo, tendo em vista o pequeno volume do entorpecente apreendido, impondo-se a redução da pena-base ao mínimo legal.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUPERAÇÃO DO ÓBICE. SÚMULA 7/STJ. DESNECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. PENA-BASE. FUNDAMENTOS ABSTRATOS. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REPRIMENDA FIXADA NO MÍNIMO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. SÚMULAS 282 e 356/STF. FIXADO REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO. PREJUDICADA. PENA MAIOR QUE 4 ANOS. AGRAVO PROVIDO EM PARTE.

1. Não foram apresentados fundamentos concretos para a exasperação da pena-base quanto à culpabilidade, aos motivos, às circunstâncias, às consequências e à quantidade da droga, visto se tratar de pequena quantidade (23g) de crack (e-STJ, fl. 2).

2. Quanto à aplicação da causa de diminuição no patamar máximo de ofício, verifico que o acórdão recorrido não tratou do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assunto.

Assim, a matéria que não foi ventilada no acórdão recorrido e que não foi objeto de embargos de declaração carece do necessário prequestionamento. Incidem à espécie as Súmulas 282 e 356/STF.

3. Estabelecida a pena definitiva em 4 anos e 2 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido, o regime semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito.

4. Mantida a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos por não atender ao requisito objetivo.

5. Agravo regimental parcialmente provido, para fixar a pena-base no mínimo, mantido o patamar da minorante em 1/6, tornando-a definitiva em 4 anos e 2 meses, mais 417 dias-multa em regime semiaberto.

(AgRg no AREsp 489.571/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. COCAÍNA. PEQUENA QUANTIDADE. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE QUE JUSTIFIQUE TRATAMENTO RECRUDESCIDO. AGRAVO PROVIDO.

1. A realidade social e das prisões exige maior rigor para admissão de respostas criminais com privação de liberdade.

2. Em apreensões de não relevante quantidade isolada de maconha, cocaína ou crack, embora não excluída a tipicidade do crime de tráfico de drogas, tampouco pode ser esse fato justificador de tratamento anormalmente gravoso - seja como critério da pena definitiva (na valoração da pena-base, na incidência da minorante do tráfico eventual, na fixação do regime prisional ou na definição de penas substitutivas), seja como valor para a prisão processual, então desnecessária.

3. Agravo Regimental provido para redimensionar a pena do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.

(AgInt no HC 372.899/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 15/03/2017)

No que se refere à almejada incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, observa-se que o Colegiado estadual manteve o afastamento da indicada benesse utilizando os seguintes argumentos, *verbis*:

"Na terceira fase, pugnou pela aplicação da redutora do art. 33. § 4º da Lei 11.343/06 na fração de 2/3, sustentando que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o réu preenche os requisitos legais e a fundamentação a quo é inidônea para afastar o benefício.

O dispositivo legal está assim redigido:

"§ 4º 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".

Verifica-se, pois, que para aplicação da redução faz-se necessário diversos requisitos: a) que o agente seja primário; b) de bons antecedentes; c)

não se dedique às atividades criminosas; d) não integre organização criminosa.

No caso concreto, não obstante a primariedade, a fundamentação da sentença a quo caracteriza dedicação à atividade criminosa, porquanto ao que tudo indica a prática do injusto penal era contínua.

O réu-apelante responde processo por delito da Lei 11.343/06 [0006491-27.2015.8.24.0075] onde foi preso em flagrante e recebeu a liberdade provisória menos de 6 (seis) meses antes da nova prisão em flagrante.

Além disto, o réu responde a outra ação penal pelo delito do art. 309 da Lei 9.503/97 [0003525-91.2015.8.24.0075] e outra ação penal pelo delito de desacato [0005829-63.2015.8.24.0075] - fls. 28/29, esta última, em consulta, verificou-se que consta sentença condenatória recorrível.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que embora a primariedade e os bons antecedentes exijam sentença condenatória com trânsito em julgado, a aferição da dedicação à atividade criminosa pode ser extraída pelo julgador a partir de outros elementos de prova constantes dos autos, inclusive o fato de já ter sido preso e responder a outra ação penal por crime distinto.

[...]

Muito embora esta Magistrada seja resistente ao posicionamento da utilização de atos infracionais praticados quando da menoridade do réu a jurisprudência tem evoluído no sentido de determinar que eles podem ser utilizados para fim de comprovar a dedicação a atividade criminosa.

[...]

O réu respondeu a pelo menos dois procedimentos de apuração de ato infracional pelo artigo 33 da Lei 11343/06, com aplicação de medida socioeducativa [0008238-80.2013.8.24.0075 e 0010364-69.2014.8.24.0075], ambos extintos porque o réu atingiu a maioridade penal.

E ainda, cumpre salientar que os policiais militares confirmaram que o réu há havia sido abordado outras vezes naquele local, o qual é conhecido como centro de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comercialização de drogas ilícitas.

Nestes termos, há de se concordar que a prova dos autos demonstra a dedicação à atividade criminosa, razão pela qual não estão presentes os requisitos do § 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06." (e-STJ fls. 297/301)

No caso em apreço, a Corte *a quo* manteve o afastamento da incidência do benefício com esteio em registros da prática de atos infracionais, isso como forma de concluir a dedicação do paciente a atividades ilícitas.

Entretanto, tal fundamento não se revela idôneo, tendo em vista que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça entende que a prática de atos infracionais análogos a crime não autoriza a conclusão absoluta de que o réu se dedica a atividades criminosas, fundamento que, aliado ao fato de que a quantidade de droga se mostrar pequena - **4,3 g de crack**-, impõe a incidência da benesse.

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. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. FRAÇÃO DE 1/6 APLICADA. PENA REDUZIDA PARA 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO ESTABELECIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. MONTANTE DA SANÇÃO QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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.

- "Nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte, a prática de ato infracional não justifica a exasperação da pena-base, por não configurar infração penal, não podendo ser valorada negativamente na apuração da vida pregressa do réu a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

título de antecedentes, personalidade ou conduta social" (HC 354.300/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 09/11/2016). Em decorrência, a condenação por ato infracional não pode embasar o reconhecimento de maus antecedentes ou de reincidência em desfavor do paciente e afastar o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

- Não há como manter a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, que afastou a figura do tráfico privilegiado sob a tese de que o paciente dedica-se às atividades criminosas pelo fato de não exercer atividade lícita, pois estava desempregado à época dos fatos. Ademais, a quantidade das drogas apreendidas não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a sua dedicação às atividades ilícitas. *Precedentes.*

- Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena provisória deve ser reduzida na fração de 1/6, uma vez que, embora a quantidade das drogas não tenha sido muito elevada, trata-se de tráfico de duas espécies de entorpecentes, sendo uma delas bastante nociva - cocaína -, o que enseja uma maior resposta estatal no momento da dosimetria da pena, ante a gravidade concreta do delito. *Precedentes.*

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Na espécie, considerando o redimensionamento da pena corporal para 4 anos e 2 meses de reclusão, a primariedade do acusado e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, o regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

- Fica prejudicado o pleito de substituição da reprimenda, uma vez que o montante da pena não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando as penas do paciente para 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 416 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 372.338/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(HC 346.787/ES, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 26/09/2016)

Faz-se imperioso, portanto, reconhecer o manifesto constrangimento ilegal neste ponto, em razão da ausência de motivação suficiente a justificar o afastamento da causa especial de redução da reprimenda, mostrando-se razoável e proporcional ao caso concreto a redução em 2/3 (dois terços).

Passando-se a dosimetria, tem-se que a pena-base fica estabelecida no mínimo legal - 5 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, a qual permanece inalterada, em razão da Súmula 231/STJ.

Na terceira fase, diminui-se a pena em 2/3 (dois terços), diante da aplicação da causa de diminuição, restando a pena em **1 ano e 8 meses de reclusão, e pagamento de 145 (cento e quarenta e cinco) dias-multa**, a qual se torna definitiva, ante a ausência de demais causas modificadoras.

Redimensionada a sanção final para patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, levando-se em conta a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a redução da pena em seu patamar máximo, mostra-se proporcional a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa por duas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juiz Criminal competente.

Confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. As instâncias de origem não lograram fundamentar de maneira idônea o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porquanto não declinaram elementos concretos dos autos aptos a demonstrar a efetiva dedicação do paciente às atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa. Imperiosa, pois, a aplicação da minorante no quantum de 2/3, redimensionando-se a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final inferior a 4 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

(HC 385.247/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 07/04/2017)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não conheço** do writ, concedendo, contudo *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º do CPP, a fim de reduzir a reprimenda para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 145 (cento e quarenta e cinco) dias-multa, em regime inicial aberto, determinando a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem designadas pelo Juiz Criminal competente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0179997-0

HC 409.342 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00014582220168240075 00042452420168240075 082016000962921 14582220168240075
42452420168240075 82016000962921

EM MESA

JULGADO: 19/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : SUYNAN DE JESUS FERNANDES (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.