



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.584 - SP (2016/0260117-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DOUGLAS DE SOUZA RIBEIRO MASSARICO
ADVOGADO : DOUGLAS DE SOUZA RIBEIRO MASSARICO - SP337581
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO DE ARAÚJO
PACIENTE : KÁTIA CRISTINA DE ARAÚJO

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

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. INCIDÊNCIA DA FRAÇÃO EM 2/3 (DOIS TERÇOS). ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

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

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

3. *In casu*, as instâncias de origem afastaram a minorante em razão da quantidade do estupefaciente apreendido, entretanto, o volume da referida droga não é elevada ao ponto de afastar a benesse.

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

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

Reduzida a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos, mister a readequação do regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 3º, alínea c, do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NÃO PREENCHIMENTO. REPROVABILIDADE DO DELITO.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito mostra-se possível quando encontram-se atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.
2. No presente caso, não se encontram preenchidos os pressupostos necessários à conversão da pena privativa de liberdade, haja vista as circunstâncias do crime noticiado.
3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir as penas para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mais multa, e alterar o regime inicial para o aberto.

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 e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 28 de março de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.584 - SP (2016/0260117-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DOUGLAS DE SOUZA RIBEIRO MASSARICO
ADVOGADO : DOUGLAS DE SOUZA RIBEIRO MASSARICO - SP337581
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO DE ARAÚJO
PACIENTE : KÁTIA CRISTINA DE ARAÚJO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de RICARDO DE ARAÚJO e KÁTIA CRISTINA DE ARAÚJO contra acórdão proferido pela 14ª Câmara da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento à Apelação n. 0006095-35.2012.8.26.0581, a fim de majorar sua pena para 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incursos no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Sustenta o impetrante estar configurado o constrangimento ilegal, ao argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para justificar o sistema prisional fechado, ressaltando que os pacientes seriam primários, sendo condenados à sanção inferior a 8 (oito) anos e tendo cumprido mais de 2/5 (dois quintos) da pena em regime fechado, razão pela qual deveria ser estabelecido o aberto, conforme dispõe os Enunciados Sumulares n. 718 e 719 do STF e nos termos do art. 33 do Código Penal.

Defende que a conversão da reprimenda mostrar-se-ia cabível, com esteio na Resolução n. 05/2012 do Senado Federal, a qual suspendera a expressão que vedava tal benesse.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja fixado o regime aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e expedindo-se salvo conduto em favor dos pacientes.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mandamus, mas pela concessão parcial da ordem, para que sejam devolvidos os autos ao Tribunal de origem, a fim de que seja estabelecido o regime inicial de execução da pena observando-se a regra contida no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.584 - SP (2016/0260117-8)

VOTO

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

A propósito:

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

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

IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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

[...]

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

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

Infere-se dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, c/c com o art. 29, *caput*, do Código Penal, porque:

"[...] no dia 31 de outubro de 2012, por volta das 06:30h, na Rua Octacílio Nogueira, n. 951, cidade de Pratânia,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Comarca de São Manuel, os réus agindo em unidade de propósito e mútua colaboração, guardavam para entrega ao consumo de terceiros 80 (oitenta) porções de Cannabis sativa L, popularmente conhecida como 'maconha', pesando, aproximadamente, 239,66 gramas, substância entorpecentes que causa dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar." (e-STJ fl. 42)

Irresignado, o Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe deu parcial provimento, a fim de majorar a reprimenda para 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantido, no mais, o édito condenatório.

Contra a decisão a defesa opôs embargos declaratórios, os quais foram rejeitados.

No presente *writ*, a defesa pugna pela mitigação do regime inicial, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e pela aplicação do instituto da detração penal.

Com efeito, no que se refere ao afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pelo Tribunal de origem, observa-se que o aresto foi assim proferido, *verbis*:

"[...] apreendidos, para fins de comércio, 239,66g (duzentos e trinta e nove gramas e sessenta e seis centigramas) de maconha, entorpecente este que poderia ter sido distribuído a dezenas de pessoas, quiçá crianças e adolescentes, o que constitui, por si só, fator bastante para que não seja considerada como quantia ínfima ou de reduzida potencialidade lesiva.

Não poderiam os apelados, por isso mesmo, serem rotulados de traficantes eventuais ou ocasionais, este, sim, os únicos alvos da benesse legal criada, ainda que indevidamente, pelo legislador.

Porém, se a circunstância da elevada quantidade servir, como aqui se viu, para a negativa do redutor, não pode, ao mesmo tempo, funcionar como supedâneo para a majoração das penas de partida, sob pena de ocorrência de censurável bis in idem.

Com isso, ausentes outras causas modificadoras aplicáveis, fixo as penas dos apelados, definitivamente, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal."
(e-STJ fls. 84/85)

No caso em apreço, a Corte impetrada, ao prover o pleito ministerial, afastou a incidência do redutor por entender que a quantidade de droga apreendida seria elevada a ponto de justificar o decote do benefício, pois indicaria não ser a hipótese de traficância eventual.

Todavia, observa-se que a motivação apresentada para excluir o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas mostra-se inidônea, porquanto, o volume do estupefaciente - 239,66 g de maconha, não se mostra exorbitante de modo a impedir sua incidência.

Faz-se imperioso, portanto, reconhecer o manifesto constrangimento ilegal neste ponto, em razão da ausência de motivação suficiente a legitimar o afastamento da indicada minorante. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso concreto a redução em 2/3 (dois terços).

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

Na última etapa, reduzindo-se a sanção em 2/3 (dois terços), a reprimenda resta definitiva em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa.**

Redimensionada a sanção final, faz-se de rigor o abrandamento do modo prisional para o regime inicial aberto, em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, alínea c, do CP.

Nesse viés, redimensionada a sanção final, necessário o abrandamento do regime inicial para o aberto, tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a fixação da pena-base no mínimo legal, em conformidade com o disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do CP.

Mitigado o regime inicial de cumprimento, encontra-se prejudicado o pedido de detração do tempo em que permaneceram presos provisoriamente, em razão da perda de objeto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, em relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há falar em constrangimento ilegal, pois tem-se que a conversão da sanção reclusiva não se mostra suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado, haja vista as circunstâncias do delito, evidenciada especialmente pela quantidade da droga apreendida.

Acerca do tema, o seguinte julgado deste Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A imposição de regime inicial mais gravoso para o início de cumprimento da pena, com base na natureza e na quantidade de droga apreendida, constituem fundamento idôneo, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

2. Do mesmo modo, tais circunstâncias impedem a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 789.190/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 14/12/2016)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de **reduzir as penas dos pacientes para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mais 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa e alterar o regime inicial para o aberto**, mantido, no mais, o acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0260117-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 373.584 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00060953220128260581 20160000015372 5752012 60953220128260581

EM MESA

JULGADO: 28/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DOUGLAS DE SOUZA RIBEIRO MASSARICO
ADVOGADO : DOUGLAS DE SOUZA RIBEIRO MASSARICO - SP337581
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO DE ARAÚJO
PACIENTE : KÁTIA CRISTINA DE ARAÚJO

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 e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.