



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.264 - RS (2017/0195883-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JONATHAN JUNIOR DA SILVA SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese na qual as instâncias ordinárias, de forma motivada, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas – 103 pedras de *crack* (21g) e 52 tijolos de maconha (74g) –, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/6, o que não se mostra desproporcional. Precedentes STJ e STF.

5. Mantido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 anos e não excedente 8 anos, inviável a fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, "b", e 44, I, todos do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.264 - RS (2017/0195883-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JONATHAN JUNIOR DA SILVA SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **JONATHAN JUNIOR DA SILVA SANTOS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 420 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem proveu parcialmente o apelo defensivo, tão somente, para fixar o regime semiaberto.

Neste *writ*, alega o impetrante ser indevida e desproporcional a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na fração mínima, com fundamento na quantidade e na natureza da droga apreendida, sobretudo por ter o paciente preenchido todos os requisitos legais para a incidência da benesse no patamar máximo. Destaca, ainda, a ocorrência de *bis in idem*, pois os referidos vetores também justificaram a exasperação da pena-base. Aduz, por fim, ser cabível o regime aberto e a permuta legal, caso seja acolhido o pleito de incidência do redutor em 2/3.

Requer, assim, a aplicação da minorante na totalidade, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 319).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 326 e 352).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 354-358).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.264 - RS (2017/0195883-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : JONATHAN JUNIOR DA SILVA SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese na qual as instâncias ordinárias, de forma motivada, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas – 103 pedras de *crack* (21g) e 52 tijolos de maconha (74g) –, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/6, o que não se mostra desproporcional. Precedentes STJ e STF.

5. Mantido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 anos e não excedente 8 anos, inviável a fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, "b", e 44, I, todos do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo à análise de eventual constrangimento imposto ao paciente que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Juízo sentenciante, ao condenar o paciente à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, fez incidir a minorante do tráfico privilegiado na fração de 1/6 sob a seguinte motivação:

"Pena-base: 05 anos de reclusão.

Incidente a atenuante da menoridade, não havendo confissão nos autos, deixo de reduzir a pena porque fixada em seu mínimo legal (Sum. nº 231, do STJ), deixando-a provisória em 05 anos de reclusão.

Presentes os requisitos do § 4º, do artigo 33, da Lei de Entorpecentes, considerando a quantidade e qualidade da droga apreendida, reduzo a pena em 1/6, deixando-a definitiva em 04 anos e 02 meses de reclusão". (e-STJ, fl. 223).

O Tribunal de origem, por sua vez, ao acolher, em parte, o recurso da defesa, tão somente para alterar o regime prisional, manteve o índice de redução aplicado em primeiro grau, em decisão assim motivada:

"Embora presente a atenuante da menoridade, não se opera a redução tendo em vista que a pena provisória foi fixada no mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

No que tange à redução máxima pretendida em face da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, esta não merece prosperar.

A quantidade de drogas apreendidas, que não pode ser tida por pouco significativa, a considerar a variedade, bem como a natureza altamente lesiva de um dos entorpecentes, autoriza apenas a redução mínima operada na sentença" (e-STJ, fls. 303-304).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

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

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

Na hipótese, verifica-se que as instâncias antecedentes consideraram a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas – 103 pedras de *crack* (21g) e 52 tijolos de maconha (74g) –, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria, para reduzir a pena em 1/6, conforme autoriza a jurisprudência desta Corte.

Desse modo, apresentados motivos idôneos para o índice definido, a alteração desse *quantum* é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A respeito, os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). HEDIONDEZ. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REGIME FECHADO. PENAS SUPERIORES A 4 E INFERIORES A 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. ART. 33, § 3º, DO CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DAS REPRIMENDAS SUPERIOR A 4 ANOS. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

[...]

3. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso concreto a fração de 1/6 da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas, estão em consonância com o entendimento desta Corte.

[...]

5. A fixação das penas privativas de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede as suas substituições por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal - CP).

Habeas corpus não conhecido."

(HC 228.775/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/8/2017, DJe 28/8/2017);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade da droga apreendida.

[...]

5. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 401.240/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017).

Ademais, vale lembrar que "o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que "[o] juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, como ocorreu no caso concreto" (HC nº 115.149/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 2/5/13)" (RHC 133.974, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 7/2/2017, PUBLIC 3-3-2017).

Especificamente, quanto o sopesamento da quantidade e variedade da droga para a escolha do patamar de redução, já concluiu a Suprema Corte que "não há impedimento a que essas circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena" (HC 129.555 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 7/10/2016, PUBLIC 27-10-2016).

Por fim, consigne-se que mantido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 anos e não excedente 8 anos de reclusão, inviável a fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, "b", e 44, I, todos do Código Penal.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0195883-8

HC 411.264 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01064592620178217000 073121600008380 1064592620178217000 70073423444
73121600008380

EM MESA

JULGADO: 23/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JONATHAN JUNIOR DA SILVA SANTOS (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."

Os Srs. Ministros Felix Fischer e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.