

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 542.509 - SP (2019/0323289-9)**

**RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ROSELY GALVÃO MOTA - SP264777**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : MARCELO APARECIDO DO AMARAL (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MARCELO APARECIDO DO AMARAL contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Criminal n. 1500736-97.2019.8.26.0544.

De acordo com os autos, o paciente foi condenado às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado e à 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por ter sido flagrado na posse de 18 (dezoito) invólucros de maconha, pesando, aproximadamente, 35,9g (trinta e cinco gramas e nove decigramas), 23 (vinte e três) microtubos de crack, pesando, aproximadamente, 2,3g (dois gramas e três decigramas) e 12 (doze) eppendorfs de cocaína, pesando, aproximadamente, 5,3g (cinco gramas e três decigramas) – e-STJ fls. 16-21.

A apelação defensiva foi desprovida e a apelação ministerial foi parcialmente provida pelo Tribunal de origem para fixar o regime inicial fechado para cumprimento da pena e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – e-STJ fls. 82-94.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o paciente faz jus à causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3 (dois terços), haja vista a ausência de indícios que demonstrem sua dedicação ao tráfico ou participação em organização criminosa, além de ser primário e possuidor de bons antecedentes, não podendo a quantidade de droga obstaculizar dito benefício.

Argumenta a possibilidade de fixação do regime inicial aberto, em razão do preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

Aduz, por fim, ser devida a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem constitucional para que seja aplicado o redutor da pena em seu grau máximo e alterado o modo prisional, além da substituição da pena corpórea pela restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 121-122).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 129-144).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 146-155).

É o relatório.

# Superior Tribunal de Justiça

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 art. 105, inciso III, da Constituição da República, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

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

Relativamente ao reconhecimento do tráfico privilegiado, sabe-se que o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que: a) o agente seja primário; b) tenha bons antecedentes; c) não se dedique a atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

O objetivo desse benefício foi o de conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida. A lei, porém, não determinou quais parâmetros deveriam ser adotados para modular a redução da pena, limitando-se a estabelecer as frações mínimas e máximas de diminuição.

A aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, no patamar de 1/2 (um meio), no caso destes autos, foi justificada em razão da quantidade e da natureza dos entorpecentes apreendidos, conforme se verifica da leitura do seguinte excerto do acórdão combatido (e-STJ fl. 89):

*Na terceira fase foi aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, diminuindo a pena em 1/2 corretamente.*

*A redução se mostrou proporcional, considerando que a cocaína se mostra muito mais prejudicial do que, por exemplo, “maconha”, reclamando também maior reprovação por parte do Estado. Outrossim, foram apreendidas 18 invólucros de maconha, 23 microtubos de crack e 12 enpendorfs de cocaína.*

A aplicação do benefício, de fato, depende do preenchimento de requisitos objetivamente previstos na lei.

No entanto, em que pese o fundamento empregado pelo Tribunal para inviabilizar a aplicação da causa especial de diminuição de pena, verifica-se que as circunstâncias do crime – especialmente a inexpressiva quantidade de entorpecente apreendido (35,9g de maconha, 2,3g de crack e 5,3g de cocaína) – respaldam a concessão do benefício em seu grau máximo.

Dessa forma, levando-se em conta a reduzida quantidade de entorpecente apreendido (35,9g de maconha, 2,3g de crack e 5,3g de cocaína) e, ainda, a favorabilidade das circunstâncias judiciais, mostra-se adequada a aplicação da fração redutora em **2/3 (dois terços)**.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO VÁLIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA DA DROGA CONSIDERADA NOVAMENTE. BIS IN IDEM. ARE 666.334/MG. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

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

3. Hipótese em que, embora tenha sido utilizado argumento válido para a majoração da reprimenda inicial (a natureza da droga) e seja razoável a definição do índice de aumento em 1/6, o Tribunal de origem incorreu em indevido bis in idem, ao sopesar idêntica circunstância na escolha do patamar de redução da pena pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (ARE 666.334/MG, STF).

4. À míngua de outros elementos probatórios, e considerando a primariedade e os bons antecedentes do agente, aliados ao fato de ser inexpressiva a quantidade de droga apreendida (7 pedras de crack), a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser operada no máximo legal, em 2/3. **Precedentes.**

5. Sendo desfavoráveis uma das circunstâncias judiciais (a natureza da droga), o regime inicial semiaberto (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. **Precedentes.**

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que

# Superior Tribunal de Justiça

*desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.*

*7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, afastando o bis in idem verificado, e, por conseguinte, estabelecer a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 166 dias-multa.*

*(HC 310.752/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe de 17/02/2017; sem grifos no original.)*

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE ÍNFINA. PATAMAR MÁXIMO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR À QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA DO DELITO DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*II - Em relação à aplicação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve considerar as circunstâncias do caso, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do quantum de diminuição.*

*Precedentes.*

*III - Na espécie, não houve fundamentação idônea a lastrear a não aplicação da causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), existindo flagrante ilegalidade, a justificar a concessão da ordem de ofício. Nesse contexto, a pequena quantidade de droga apreendida (doze gramas, de cocaína na forma de "crack", doze gramas de maconha e um grama e nove decigramas de cocaína), bem como a primariedade do paciente e a diversidade das substâncias apreendidas já utilizadas para exasperar a pena-base, autorizam a incidência da redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo (2/3).*

*[...]*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no seu patamar máximo, reduzindo a pena imposta para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias, mais 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, bem como fixar o regime semiaberto, para o início do cumprimento da pena do paciente. (HC 428.847/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe de 15/02/2018; sem grifos no original.)*

# Superior Tribunal de Justiça

Destarte, na primeira fase, mantidos os demais parâmetros aferidos pelas instâncias ordinárias, mantém-se a pena-base no mínimo legal, ou seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, a qual se mantém inalterada na segunda etapa, em razão da inexistência de atenuantes ou de agravantes.

No terceiro estágio, aplica-se a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu grau máximo, ou seja, 2/3 (dois terços), chegando-se à pena definitiva de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**.

O regime inicial deve ser abrandado, passando a ser o **aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Ainda que não requerido pela parte, verificam-se preenchidos os pressupostos objetivos elencados no art. 44 do Código Penal e, por se entender que a medida é suficiente para a prevenção e a repressão do crime a que o paciente foi condenado, além de socialmente recomendável, diante das especificidades já apontadas, especialmente diante do fato de que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juiz da execução.

Sobre o tema, confirmam-se:

*PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. SUFICIÊNCIA PARA PREVENÇÃO E REPARAÇÃO DO DELITO. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

*1. No caso em concreto, estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, verificada a primariedade da agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (28 porções de cocaína e 19 porções de crack), o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito. Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e favorabilidade das circunstâncias do art. 59 do CP), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da execução.*

*2. Agravo regimental não provido.*

(AgRg no AREsp 1192973/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe de 25/04/2018; sem grifos no original.)

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. QUANTIDADE PEQUENA DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. ART. 33, §§ 2º e 3º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 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.*

*2. Sendo a quantidade de droga apreendida pequena (8,5g de crack), as circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP), a pena-base fixada no mínimo legal e a pena aplicada inferior a 4 anos, não há justificativa para aplicar regime prisional mais gravoso e vedar a substituição da pena por restritiva de direitos, devendo ser imposto o regime aberto, bem como ser concedida a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", e art. 44, ambos do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.*

*Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional aberto, substituindo a pena privativa de liberdade destes últimos pacientes por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.*

*(HC 413.812/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe de 27/09/2017; sem grifos no original.)*

*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU PRIMÁRIO E PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS SEVERO E NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM BASE NA NATUREZA DA DROGA, ISOLADAMENTE CONSIDERADA. INSUFICIÊNCIA. PEQUENA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. AGRAVO IMPROVIDO.*

*1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve-se observar os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, nos termos do que estabelece o § 3º do art. 33 do mesmo Diploma, em conjunto com as disposições do art. 42 da Lei de Drogas.*

*2. Consoante o entendimento firmado pelo STJ, a natureza e a variedade da droga apreendida, desde que associadas a uma quantidade não desprezível, constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo quanto o indeferimento da substituição das penas.*

*3. No caso, contudo, trata-se de réu primário cujas*

# Superior Tribunal de Justiça

*circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis. Assim, em que pese a natureza mais gravosa da droga (crack), a quantidade do entorpecente apreendido (13,7g) não pode ser considerada significativa, de sorte a justificar a imposição do regime prisional mais severo ou o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 388.407/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe de 09/10/2017; sem grifos no original.)

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 Código de Processo Penal, para reduzir as penas cominadas ao paciente para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, bem como estipular o regime inicial **aberto** e a **substituição** da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 25 de novembro de 2019.

Ministro JORGE MUSSI

Relator