

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 543.180 - SP (2019/0327514-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : ROBERTO APARECIDO XAVIER JUNIOR E OUTROS  
**ADVOGADOS** : MARIA AUXILIADORA CALEGARI - SP086195  
ROBERTO APARECIDO XAVIER JUNIOR - SP393065  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : EDINALDO ARAUJO GERALDO (PRESO)  
**OUTRO NOME** : EDNALDO DE ARAUJO GERALDO  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **EDINALDO ARAUJO GERALDO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 416 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e a 3 meses de detenção, no regime aberto, e pagamento de 10 dias-multa, mais suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo mesmo prazo, pela prática do delito do art. 306, *caput*, do Código Brasileiro de Trânsito (e-STJ, fls. 9-18).

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Neste *writ*, os impetrantes sustentam que deve "ser observado o que determina o art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal, por ter sido o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 declarado inconstitucional, bem como por ter sido declarado que o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, não devendo incidir tal lei para a fixação do regime prisional mais gravoso do que a lei permite" (e-STJ, fl. 8)

Requerem o estabelecimento do regime inicial semiaberto.

Liminar deferida.

O MPF manifestou-se pela concessão da ordem de ofício.

**É o relatório.**

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

No caso, da leitura atenta dos autos, verifica-se a manifesta ilegalidade imposta ao paciente, o que autoriza a concessão da ordem de ofício, **inclusive em maior extensão**.

O Juízo sentenciante procedeu a dosimetria penal sob a seguinte motivação:

# *Superior Tribunal de Justiça*

"[...] Quanto ao dinheiro apreendido junto ao acusado, não se desconhece que ele possui registro em carteira, nem os saques por ele efetuados nos dias 07 e 11 de outubro (fl.64). Contudo, o que se tem nos autos é que o acusado foi apreendido com R\$ 306,00, sendo quatro notas de 50, quatro de 20, duas de 10 e três notas de 2 reais (fl.15), além de três capsulas contendo cocaína, com peso total de 0,80 g (fls.15/verso e 78), encontradas pelos policiais no local onde o acusado tentou delas se desfazer, jogando-as para fora do veículo.

(...)

Nos termos do artigo 68 do Código Penal, passo a dosar a pena do réu, de acordo com o sistema trifásico de aplicação adotado pela nossa legislação penal.

Atento às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, observo que elas são favoráveis ao réu. Pela análise do apenso de folha antecedentes e certidões nota-se que o réu não ostenta maus antecedentes. Não há maiores informações sobre suas personalidades e condutas sociais. Logo, as circunstâncias judiciais apontam para a fixação da pena-base dos delitos no mínimo legal, sendo 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa para o crime do artigo 33 da Lei de Drogas e 03 (três) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, para o artigo 306 do CTB.

Na segunda fase de dosimetria da pena, tem-se a presença da atenuante da confissão com relação ao delito do artigo 306 do CTB (art. 65, inciso III, "d", do Código Penal), porém, com óbice de aplicação na Súmula n.º 231 do C. Superior Tribunal de Justiça. Por outro lado, não verifico a presença de agravantes em relação aos dois delitos.

Já na terceira fase da dosimetria, por ser o réu primário, ter bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas, aplico a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, motivo pelo qual diminuo a pena aplicada ao acusado para o delito de tráfico (art. 33) em 1/6, passando a fixá-la em 04 anos, 02 meses de reclusão e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, a qual torno definitiva, assim como torno definitiva a pena de 03 (três) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, para o delito capitulado no artigo 306 do CTB.

Sem prejuízo das sanções acima aplicadas, determino, ainda, ao réu a suspensão de sua habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 03 (três) meses, nos termos do que dispõe o preceito secundário do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, observando-se que a suspensão da habilitação deve ser equivalente à pena corporal aplicada.

Em face da situação econômica do réu, fixo o valor unitário dos dias-multa em 1/10 do salário mínimo, na forma do artigo 43, "caput", da Lei n.º 11.343/06. Fixo o valor do dia-multa do delito do artigo 306 do CTB também em 1/10 do salário mínimo.

Fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, com fundamento no artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90." **(e-STJ, fls. 13-17).**

# Superior Tribunal de Justiça

O Tribunal de origem, no ponto, consignou:

No que se refere ao reconhecimento do privilégio contemplado no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, observo que EDNALDO acabou sendo beneficiado com a redução do castigo em 1/6, o que resultou, em definitivo, 4 anos e 2 meses de reclusão, mais o pagamento de 416 dias-multa, no piso.

Nos termos do referido dispositivo legal, o julgador poderá reduzir a pena fixada ao agente - de um sexto a dois terços - desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Cuida-se, pois, de faculdade que o julgador usará ou não, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, e não direito subjetivo do acusado. E, na hipótese vertente, tendo em vista a quantidade e natureza da droga encontrada, mais as circunstâncias em que EDNALDO foi surpreendido, fica evidente que ele possui sério envolvimento com a máquina criminosa que movimenta o comércio ilícito de entorpecentes. Portanto, malgrado primário, o recorrente não faz jus ao privilégio em seu grau máximo.

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percutiente 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 da pena.

*In casu*, observa-se que tanto a decisão de primeiro grau quanto o acórdão impugnado **carece de motivação** quanto a definição do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Segundo se infere, não houve a indicação de qualquer argumento para a escolha da aplicação da minorante em 1/6.

Dessa forma, à míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do paciente em atividade criminosa, certificada sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo porque ínfima a quantidade de droga apreendida (0,80g de cocaína).

Confirmam-se os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação da reprimenda, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

# Superior Tribunal de Justiça

2. Ainda que o *crack* tenha um alto poder de lesividade, a inexpressiva quantidade de tóxicos apreendidos, aliados à favorabilidade das outras circunstâncias judiciais, recomenda a aplicação da causa de diminuição em seu grau máximo, ou seja, 2/3 (dois terços).

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1044533/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017).

"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. 11.343/2006, 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, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 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. 11.343/2006 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, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 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 395.574/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 14/8/2017).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena pelo delito de tráfico de drogas.

A pena-base parte de 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa, por inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, a qual fica mantida na segunda fase, nos termos da Súmula 231 do STJ. Na última etapa, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diminuo-a em 2/3, resultando definitiva em **1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa**.

O regime prisional também deve ser alterado.

Estabelecida a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o **regime aberto** é o suficiente e adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

# Superior Tribunal de Justiça

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *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. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. *In casu*, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.

3. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Na hipótese, constata-se que, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação da substituição da pena por restritiva de direitos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.

*Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena."

(HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a

# Superior Tribunal de Justiça

concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito:

[...]

3. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 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.

4. Com base no 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.

5. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão que julgou a apelação, referiu-se apenas à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem à paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, além da substituição por restritiva de direitos.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

(HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator