



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 424.397 - RJ (2017/0291619-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : PAULO ROBERTO RIBEIRO JUNIOR

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ANOTAÇÃO CRIMINAL. REINCIDÊNCIA OU MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE AVERIGUAÇÃO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. REGIME FECHADO. ADEQUADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se tratar de flagrante ilegalidade, vale dizer: *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

III - A **deficiente instrução dos autos impede a exata compreensão da controvérsia**, uma vez que não existe informação suficiente a fim de que se possa concluir pela configuração de **reincidência** ou **maus antecedentes** na referida anotação criminal, documento indispensável ao exame da **quaestio**. Segundo orientação firmada no âmbito desta Corte, é ônus do impetrante instruir devidamente os autos, sob pena de não conhecimento do **habeas corpus**.

IV - Mesmo que a referida anotação criminal fosse reconhecida como maus antecedentes não impediria a fixação do regime mais gravoso, uma vez que dedicação à atividade criminosa foi considerada pela instâncias ordinárias na **terceira fase da dosimetria da pena** para afastar a incidência da redutora do **tráfico privilegiado**. Desse modo, sendo tal circunstância desfavorável, impede a fixação do regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/06**, apesar da pena-base ter sido fixada no mínimo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas Corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de abril de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 424.397 - RJ (2017/0291619-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : PAULO ROBERTO RIBEIRO JUNIOR

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso e especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de PAULO ROBERTO RIBEIRO JUNIOR, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, nos autos da apelação criminal n. 0072914-98.2016.8.19.0001.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei. n. 11.343/06 (fl. 58-64).

Irresignada, a defesa impetrou apelação perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso defensivo em v. acórdão assim ementado:

"TRÁFICO DE DROGAS – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS QUE NÃO SE SUSTENTA – PRETENSÃO AO AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – AGENTE CRIMINOSO QUE OSTENTA CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO EM DATA ANTERIOR CARACTERIZADORA DA REINCIDÊNCIA – PENA IMPOSTA INTEGRALMENTE CUMPRIDA EM 23/10/2015 – ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL – PLEITOS DE APLICAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS, REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – DESCABIMENTO – MATERIALIDADE, AUTORIA E CULPABILIDADE INDUVIDOSAS – CONJUNTO DA PROVA QUE SE MOSTRA APTO A CONFIRMAR O JUÍZO DE CENSURA – CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO, NATUREZA, QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA ALÉM DA FORMA DE ACONDICIONAMENTO QUE DEMONSTRAM A DESTINAÇÃO PARA O COMÉRCIO ILÍCITO – SEGUROS E HARMÔNICOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE DO AGENTE CRIMINOSO EM LOCALIDADE DOMINADA POR FACÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINOSA DENOMINADA “COMANDO VERMELHO” QUE MERECEM TODO O CRÉDITO – SÚMULA Nº 70 DO TJERJ – AGENTE CRIMINOSO QUE EXERCEU O DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO – SEGURAS PROVAS A INDICAR QUE AS DROGAS SE DESTINAVAM AO COMÉRCIO NEFANDO – CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO A INDICAR QUE NÃO SE TRATAVA O APELANTE DE TRAFICANTE INICIANTE OU EVENTUAL – DEMONSTRAÇÃO DE QUE O APELANTE FAZIA DA COMERCIALIZAÇÃO DE ENTORPECENTES UMA ATIVIDADE HABITUAL DESAUTORIZA A APLICAÇÃO DAS BENESSES DO PARÁGRAFO 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 – DOSIMETRIA DA PENA QUE NÃO MERECE REPARO – NATUREZA, QUANTIDADE DA DROGA, BEM COMO A FORMA EM QUE A MESMA FOI ENCONTRADA QUE JUSTIFICARIA O AFASTAMENTO DA PENA-BASE DO SEU MÍNIMO – AUSÊNCIA DE RECURSO DO PARQUET NESTE SENTIDO – RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA PELO JUÍZO SENTENCIANTE QUE JUSTIFICOU A EXASPERAÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA NA FRAÇÃO DE 1/6 – PERICULOSIDADE DO AGENTE CRIMINOSO DEVE SER RESSALTADA NO CASO EM CONCRETO E QUE JUSTIFICA A MANUTENÇÃO DO RE GIME FECHADO – O QUANTUM DE PENA COMINADA AO APELANTE, AS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E A PERICULOSIDADE DO AGENTE CRIMINOSO IMPEDEM A SUBSTITUIÇÃO PLEITEADA – DESPROVIMENTO DO APELO” (fls. 26-27).

Os embargos de declaração opostos pela defesa às fls. 14-18, foram rejeitados. Eis a ementa do julgado:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES – TRÁFICO DE DROGAS – V. ACÓRDÃO UNÂNIME QUE DESPROVEU O APELO DEFENSIVO E MANTEVE INTEGRALMENTE A SENTENÇA RECORRIDA – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO – IMPOSSIBILIDADE – ACÓRDÃO QUE ENFRENTOU TODAS AS QUESTÕES DEFENSIVAS E AS RECHAÇOU – RECURSO QUE VISA NOVAMENTE A APRECIÇÃO DO PLEITO DE AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM FULCRO NO CÔMPUTO DO PERÍODO DE PROVA DO LIVRAMENTO CONDICIONAL – O INÍCIO DO PRAZO DEPURADOR DEU-SE APÓS O CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA – EMBARGOS REJEITADOS” (fl. 14).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante sustenta, em síntese, constrangimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegal, uma vez que houve indevido reconhecimento da agravante da reincidência, por inobservância do art. 64, inciso I, do Código Penal.

Para tanto, alega, que *"Entre a data da concessão do benefício (24/05/2010) e a prática do novo crime (05/03/2016) transcorreu período de tempo superior a 05 (cinco) anos, sendo certo que fica afastada a reincidência, nos termos do artigo 64, inciso I, do Código Penal"* (fl. 10).

Menciona, por isso, que *"[...] afastada a reincidência do condenado, ora Paciente, já que o crime anterior não pode ser levado em conta para tal fim, certo é que a exasperação da pena em 1/6 (um sexto) merece ser afastada, com o seu retorno ao mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa"* (fl. 10).

Aduz, ademais, que *"Da mesma forma, comporta modificação o regime inicial de cumprimento da sanção penal, nos termos do artigo 33, parágrafo 2º, alínea "b", do Código Penal que estabelece que 'o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto'"* (fl. 11).

Acrescenta, também, que *"[...] fixada a pena base no mínimo legal, que é exatamente o que ocorrerá no presente caso, com a exclusão da agravante da reincidência, o condenado tem direito a iniciar o cumprimento da pena no regime legalmente adequado, tendo, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça editado a súmula 440"* (fl. 11).

Requer, assim, a concessão da ordem para *"[...] reformar v. acórdão, afastando-se a reincidência e, por via de consequência, ser redimensionada a sanção definitiva, com a fixação do regime semiaberto, sob pena de se perpetuar o já caracterizado constrangimento ilegal, em virtude da restrição ao direito constitucional de liberdade do Paciente"* (fl. 13).

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 98-100.

Informações prestadas às fls. 140-144.

O Ministério Público Federal, às fls. 146-149, manifestou-se pelo não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento do **writ**, e pela denegação da ordem em parecer sem ementa.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 424.397 - RJ (2017/0291619-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : PAULO ROBERTO RIBEIRO JUNIOR

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ANOTAÇÃO CRIMINAL. REINCIDÊNCIA OU MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE AVERIGUAÇÃO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. REGIME FECHADO. ADEQUADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se tratar de flagrante ilegalidade, vale dizer: *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

III - A **deficiente instrução dos autos impede**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a **exata compreensão da controvérsia**, uma vez que não existe informação suficiente a fim de que se possa concluir pela configuração de **reincidência** ou **maus antecedentes** na referida anotação criminal, documento indispensável ao exame da **quaestio**. Segundo orientação firmada no âmbito desta Corte, é ônus do impetrante instruir devidamente os autos, sob pena de não conhecimento do **habeas corpus**.

IV - Mesmo que a referida anotação criminal fosse reconhecida como **maus antecedentes** não impediria a fixação do regime mais gravoso, uma vez que dedicação à atividade criminosa foi considerada pela instâncias ordinárias na **terceira fase da dosimetria da pena** para afastar a incidência da redutora do **tráfico privilegiado**. Desse modo, sendo tal circunstância desfavorável, impede a fixação do regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/06**, apesar da pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

Habeas Corpus não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração o afastamento da reincidência, com consequente redimensionamento da pena e fixação do regime semiaberto.

Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena quando não for necessária uma análise aprofundada do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conjunto probatório e se tratar de flagrante ilegalidade, vale dizer: "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

Para melhor delimitar a controvérsia, destaco os seguintes excertos do v. acórdão impugnado, no que interessa à espécie:

"Não merece acolhida o pleito que busca o afastamento da agravante da reincidência, tendo em vista o teor do artigo 64, I, do Código Penal, apenas não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento integral da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, o que não ocorreu no caso concreto, tendo a pena imposta sido cumprida integralmente em 23/10/2015.

[...]

O pleito defensivo de aplicação do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei de Drogas no caso em concreto não merece acolhimento, eis que reconhecido pelo magistrado sentenciante que o Apelante é reincidente e restou comprovado nos autos que ele se dedicava a atividade criminosa" (fls. 32-33).

Inicialmente, verifica-se que a deficiente instrução dos autos impede a exata compreensão da controvérsia, uma vez que não existe informação suficiente a fim de que se possa concluir pela configuração de **reincidência** ou **maus antecedentes** na referida anotação criminal, documento indispensável ao exame da **quaestio**.

Segundo orientação firmada no âmbito desta Corte, é ônus do impetrante instruir devidamente os autos, sob pena de não conhecimento do **habeas corpus**.

Nesse sentido o seguinte precedente:

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO TENTADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REQUISITO OBJETIVO. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA PROVOCADA. INOCORRÊNCIA. VALOR DA COISA SUPOSTAMENTE FURTADA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE NA DATA DOS FATOS. REQUISITOS SUBJETIVOS. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. ANÁLISE. INVIABILIDADE. 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. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual, em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado - de plano e sem necessidade de dilação probatória - a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade. É certa, ainda, a possibilidade de trancamento da persecução penal nos casos em que a denúncia for inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal, o que não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade. Precedentes do STJ e do STF.

3. Para a incidência do princípio da insignificância (ou da bagatela), - causa de exclusão da tipicidade material -, mostra-se necessária a análise conjunta de requisitos tanto objetivos quanto subjetivos.

4. Os requisitos objetivos dizem respeito à análise do fato objeto da análise delitiva. Nesse contexto, exige-se, para a incidência do princípio, a presença cumulativa de 4 condições objetivas: "(a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada" (STF, AgR no RHC 145.447/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 1º/9/2017, DJe 28/9/2017). Precedentes do STJ e do STF.

5. No tocante à inexpressividade da lesão jurídica provocada, esta Corte Superior firmou o entendimento segundo o qual, para o preenchimento dessa condição (indispensável) de incidência do princípio da bagatela, o valor que se atribui, mediante avaliação, à coisa supostamente furtada não pode ser superior a 10% do valor correspondente ao salário mínimo vigente à época do fato apresentado como delituoso. Precedentes.

6. No caso em exame, a paciente tentou furtar, de um supermercado, inúmeros produtos os quais foram avaliados, ao todo, em R\$ 361,82, o que corresponde a 38,61% do valor correspondente ao salário mínimo vigente à época do fato apresentado como delituoso (R\$ 937,00).

Assim, na linha dos precedentes elencados, mostra-se inaplicável, portanto, o princípio da bagatela.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Os requisitos subjetivos referem-se, não ao fato em si, mas sim ao ofensor (agente) - se é reincidente, criminoso habitual ou militar -, bem como ao ofendido (vítima) - extensão repercussão do fato em sua vida, tendo em vista sua condição econômica, as circunstâncias e resultado analisados sob a sua perspectiva etc. - do fato formalmente típico.

8. Na espécie, cumpre registrar a impossibilidade de análise dos requisitos subjetivos pertinentes à incidência do princípio da bagatela, uma vez que o processo não foi instruído com peça processual necessária ao exame da questão, qual seja a ficha de antecedentes criminais da paciente.

9. Em sede de habeas corpus, a prova deve ser pré-constituída e incontroversa, cabendo ao impetrante apresentar documentos suficientes à análise de eventual ilegalidade flagrante no ato atacado. Precedentes.

10. Habeas corpus não conhecido". (HC 425.603/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 07/03/2018, grifei).

Ademais, mesmo que a referida anotação criminal fosse reconhecida como maus antecedentes não impediria a fixação do regime mais gravoso, uma vez que dedicação à atividade criminosa foi considerada pelas instâncias ordinárias na **terceira fase da dosimetria da pena** para afastar a incidência da redutora do **tráfico privilegiado**. Desse modo, sendo tal circunstância desfavorável, impede a fixação do regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/06**, apesar da pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

Neste sentido os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido" (HC 385.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 5/4/2017, grifei).

"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. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INCABÍVEL. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS PELA CORTE DE ORIGEM EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e no registro de outras condenações não definitivas, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

4. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitirem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

5. O princípio do non reformatio in pejus não obsta que o Tribunal de origem, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre nova fundamentação para manter afastada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de origem.

6. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

7. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena aplicada seja de 6 anos de reclusão, revela-se adequado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da quantidade, da natureza e da variedade de droga apreendida (8 porções de maconha, pesando 2,900 kg e 8 porções de cocaína, pesando 16g), conforme assentado no acórdão impugnado (art. 33, § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

8. Habeas corpus não conhecido" (HC 386.940/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 23/3/2017 - grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE A PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que a paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 8 anos, é inviável a imposição do regime semiaberto, haja vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, diante da existência de circunstância judicial desfavorável, a saber a quantidade da droga apreendida - 2,7kg de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). De rigor, pois, a manutenção do regime inicial fechado.

4. Habeas corpus denegado". (HC 423.639/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Mouraa, DJe 08/03/2018, grifei).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0291619-2

HC 424.397 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00173373820168190001 00729149820168190001 021022332016 02617510212016
173373820168190001 21022332016 2617510212016 729149820168190001

EM MESA

JULGADO: 03/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: PAULO ROBERTO RIBEIRO JUNIOR

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.