



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 396.083 - MG (2017/0084485-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RAMON ALEXANDRE MOREIRA SOARES (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE FEITOS EM CURSO. POSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os 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. Consoante entendimento perflhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas". Do mesmo modo, nos autos do EResp n.º 1.431.091/SP, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, a Terceira Seção consolidou o referido entendimento. Dessa forma, não há falar em ilegalidade, na espécie, tendo em vista que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi negada, além de outros argumentos, por entenderem as instâncias de origem que a existência de feito em curso por tráfico de entorpecentes indicava que o paciente era renitente em atividades criminosas. Ressalva do entendimento da Relatora.

3. Negado o pleito de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, resta prejudicada análise dos pedidos de alteração do regime inicial e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 06 de junho de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 396.083 - MG (2017/0084485-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RAMON ALEXANDRE MOREIRA SOARES (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de RAMON ALEXANDRE MOREIRA SOARES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Apelação Criminal n.º 1.0024.15.118972-7/001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pela prática do art. 12 da Lei 10.826/03, à pena de 1 (um) ano de detenção. Eis o teor do *decisum*, no que pertinente (fls. 156/162):

(...)

Passo a dosar-lhe a pena.

Quanto à pena por infração ao artigo 33 da Lei nº 11.343/06:

Culpabilidade presente e intensa na conduta do acusado, sendo que o tráfico de substâncias entorpecentes é de alta reprovabilidade social, sendo oportuno acentuar que tal delito é aquele que mais enegrece a personalidade, pois causa um mal social tão elevado que a sua repressão exige medida pesada e intensa.

O réu é primário.

Sua conduta social é determinante para o aumento do número de pessoas que enveredam pelo caminho do vício e desajustam família.

Personalidade voltada para a prática de crimes.

Sem motivos aparentes para o crime, buscando apenas o lucro fácil.

As consequências de sua conduta são altamente prejudiciais à sociedade como um todo, pelo já explicitado, eis que induz ao vício jovens que certamente poderiam ter um futuro melhor se longe das drogas estivessem.

A situação econômica do réu não lhe é favorável.

Assim sendo, fixo-lhe a pena-base em 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, no valor unitário equivalente a 1/30 avos do salário mínimo vigente ao tempo do fato e monetariamente corrigido quando da execução, em cujo patamar se define, tornando-a em concreto e definitiva à míngua de circunstâncias legais ou causas especiais para oscilação.

Deixo de reduzir a pena pela atenuante da confissão espontânea, tendo em vista ter sido aplicada no mínimo legal. Tal entendimento está de acordo com a Súmula 231 do STJ: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Registro que deixei de aplicar a causa especial de diminuição de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06 por entender que, a partir das provas carreadas nos autos, o réu se dedica a atividades criminosas, notadamente o tráfico de drogas, bem como integra organização criminosa voltada para a comercialização de entorpecentes - "Gangue da Vila Oeste".

Não desconheço a primariedade do réu, porém o local onde Ramon fora visto perpetrando o tráfico é conhecido como ponto de venda de drogas, onde atua a "Gangue da Vila Oeste", organizada e com funções bem delimitadas entre seus membros. Conforme salientado pelo militar Clevison em juízo, o réu não conseguiria ali traficar se não pertencesse a esta organização. Ademais, foi apreendida balança de precisão e R\$ 180,00, quantia que, segundo o réu, fora arrecadada com a venda de entorpecentes no dia anterior aos fatos, o que denota que a atividade praticada pelo réu era lucrativa e, portanto, não se tratava de traficante iniciante. Por fim, o réu fora preso em Diamantina no ano de 2013, pelo envolvimento com o tráfico de drogas.

Tudo isso comprova o envolvimento do denunciado com a prática de ilícitos penais, motivo pelo qual entendo que o acusado não faz jus à minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06.

(...)

Consigno que a referida norma destina-se somente àquele traficante principiante e, no caso em apreço, não vejo como deferir ao autor o benefício da redução da pena, pois restou demonstrado nos autos que o mesmo dedica-se, habitualmente, ao tráfico de drogas.

O regime de cumprimento da pena será o INICIALMENTE FECHADO. A fixação do regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada mostra-se imperativa no caso em apreço. Muito embora o *quantum* da reprimenda não ultrapasse 08 (oito) anos, tenho que as peculiaridades do caso justificam a imposição do regime prisional mais gravoso, pois sabidamente o tráfico de entorpecentes, conduta dotada de intensa reprovabilidade, causadora de grandes males à sociedade, deve ser punida de forma mais severa e intensa.

Pelos mesmos motivos acima consignados e, ainda, considerando que a pena aplicada ao réu é superior a quatro anos, deve ser afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, assim como o *sursis*, ainda mais quando constatada a sua insuficiência para a reprovação e prevenção do delito.

(...)

Irresignada, a defesa que interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento, apenas para alterar o regime prisional para o semiaberto. O aresto encontra-se assim fundamentado (fls. 274/281):

(...)

Assim, busca a defesa o reconhecimento da minorante especial prevista no art. 33, §4º, da Lei Antidrogas.

Após detida análise dos autos, verifico que o pedido da defesa não merece guarida. Isso porque, embora seja o acusado primário, como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

faz certo sua CAC de fls. 83, os elementos coligidos para os autos demonstram que ele se dedicava ao tráfico de drogas.

Como se verifica dos autos, o próprio acusado confessou, em juízo, que vendia crack e cocanina, cada pino por R\$ 20,00 e cada pedra por R\$ 10,00, tendo, ainda, afirmado que comprara a arma para se proteger, tendo em vista a ameaça de outros traficantes de matá-lo por estar vendendo drogas naquele ponto.

Não bastasse, também admitiu o réu que, no ano de 2012, já fazia o tráfico de drogas, fl. 05.

Logo, ao contrário do que afirmou a defesa, foi o próprio acusado quem admitira dedicar-se ao tráfico de drogas para sobreviver.

Não nos olvidemos que o legislador, quando previu a benesse no §4º, art. 33, da Lei nº 11.343/06, pretendeu unicamente beneficiar - com redução de pena - os principiantes, ou seja, aqueles com histórico criminal favorável.

Desse modo, embora não exista prova de que o acusado integre organização criminosa, não resta dúvida que se dedicava à prática do tráfico de drogas.

Portanto, não faz jus à citada benesse, eis porque rejeito o pleito defensivo.

Doutro norte, o acusado faz jus à atenuante da confissão espontânea, porque admitiu a autoria dos delitos.

Anoto que as penas definidas para cada injusto não merecem reparo, porque definidas nos termos do que dispõem os artigos 59 e 68 do CP.

Quanto ao regime prisional, penso que sentença merece um pequeno ajuste.

O Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, declarou inconstitucional o § 1º do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990, no HC nº. 114.568/ES - imposição automática do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos ou equiparados - ao fundamento de que, em virtude do princípio da individualização da pena, o regime prisional deve ser imposto observando-se as circunstâncias judiciais do réu, o *quantum* de pena imposta e os antecedentes penais do agente, e não em razão da natureza do injusto.

(...)

Ademais, entendeu a Suprema Corte que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, inserto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, porquanto, cabe ao Magistrado individualizar a reprimenda do condenado conforme o caso concreto.

Ainda, sobre o assunto, trago à colação excerto do voto do Ministro Relator, DIAS TOFFOLI, *ipsis litteris*:

(...)

Portanto, de acordo com a orientação do STF, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, deve o julgador observar o exame das circunstâncias judiciais do apenado.

(...)

Assim, seguindo essa orientação, e tendo em vista a pena aplicada para o crime de tráfico de drogas - 05 anos de reclusão - o exame favorável das circunstâncias judiciais, a primariedade e os bons antecedentes, fixo o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §2º, "b", do CP.

Os embargos de declaração opostos pela defesa foram rejeitados, em acórdão assim ementado (fls. 242/246):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL - OBSCURIDADE - INOCORRÊNCIA - ACÓRDÃO FORMALMENTE PERFEITO. 01. Os Embargos Declaratórios destinam-se à solução de obscuridade, ambigüidade, contradição e omissão ocorridas no acórdão, não se prestam à rediscussão de matéria já enfrentado e definida no julgamento da Apelação.

No presente *mandamus*, alega a impetrante, em síntese, no que tange ao redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, que se mostra *"adequado e razoável a incidência da causa especial de diminuição de pena, na proporção de 2/3, considerando que as circunstâncias judiciais são favoráveis"*.

Defende que o Tribunal de origem, ao negar a aplicação do redutor, *"está de forma indireta considerando que o recorrente não possui bons antecedentes, infringindo frontalmente a Súmula 444 do STJ"* (fl. 11).

Requer, liminarmente, que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento deste *writ*. No mérito, pugna pela reforma da dosimetria da pena, com a incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, e, *"Caso a pena seja estabelecida em patamar inferior a 04 anos, requer a aplicação do art. 44 do CP e alteração do regime prisional"*.

Liminar indeferida às fls. 252/254.

Informações prestadas às fls. 265/268 e 270/286.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 396.083 - MG (2017/0084485-0)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE FEITOS EM CURSO. POSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os 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. Consoante entendimento perfilhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas". Do mesmo modo, nos autos do EResp n.º 1.431.091/SP, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, a Terceira Seção consolidou o referido entendimento. Dessa forma, não há falar em ilegalidade, na espécie, tendo em vista que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi negada, além de outros argumentos, por entenderem as instâncias de origem que a existência de feito em curso por tráfico de entorpecentes indicava que o paciente era renitente em atividades criminosas. Ressalva do entendimento da Relatora.

3. Negado o pleito de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, resta prejudicada análise dos pedidos de alteração do regime inicial e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca-se, por meio da presente impetração, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Sobre o tema, o magistrado sentenciante assim se manifestou:

(...)

Passo a dosar-lhe a pena.

Quanto à pena por infração ao artigo 33 da Lei nº 11.343/06:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Culpabilidade presente e intensa na conduta do acusado, sendo que o tráfico de substâncias entorpecentes é de alta reprovabilidade social, sendo oportuno acentuar que tal delito é aquele que mais enegrece a personalidade, pois causa um mal social tão elevado que a sua repressão exige medida pesada e intensa.

O réu é primário.

Sua conduta social é determinante para o aumento do número de pessoas que enveredam pelo caminho do vício e desajustam família.

Personalidade voltada para a prática de crimes.

Sem motivos aparentes para o crime, buscando apenas o lucro fácil.

As consequências de sua conduta são altamente prejudiciais à sociedade como um todo, pelo já explicitado, eis que induz ao vício jovens que certamente poderiam ter um futuro melhor se longe das drogas estivessem.

A situação econômica do réu não lhe é favorável.

Assim sendo, fixo-lhe a pena-base em 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, no valor unitário equivalente a 1/30 avos do salário mínimo vigente ao tempo do fato e monetariamente corrigido quando da execução, em cujo patamar se define, tornando-a em concreto e definitiva à míngua de circunstâncias legais ou causas especiais para oscilação.

Deixo de reduzir a pena pela atenuante da confissão espontânea, tendo em vista ter sido aplicada no mínimo legal. Tal entendimento está de acordo com a Súmula 231 do STJ: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Registro que deixei de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06 por entender que, a partir das provas carreadas nos autos, o réu se dedica a atividades criminosas, notadamente o tráfico de drogas, bem como integra organização criminosa voltada para a comercialização de entorpecentes - "Gangue da Vila Oeste".

Não desconheço a primariedade do réu, porém o local onde Ramon fora visto perpetrando o tráfico é conhecido como ponto de venda de drogas, onde atua a "Gangue da Vila Oeste", organizada e com funções bem delimitadas entre seus membros. Conforme salientado pelo militar Clevison em juízo, o réu não conseguiria ali traficar se não pertencesse a esta organização. Ademais, foi apreendida balança de precisão e R\$ 180,00, quantia que, segundo o réu, fora arrecadada com a venda de entorpecentes no dia anterior aos fatos, o que denota que a atividade praticada pelo réu era lucrativa e, portanto, não se tratava de traficante iniciante. Por fim, o réu fora preso em Diamantina no ano de 2013, pelo envolvimento com o tráfico de drogas.

Tudo isso comprova o envolvimento do denunciado com a prática de ilícitos penais, motivo pelo qual entendo que o acusado não faz jus à minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06.

(...)

Consigno que a referida norma destina-se somente àquele traficante principiante e, no caso em apreço, não vejo como deferir ao autor o benefício da redução da pena, pois restou demonstrado nos autos que o mesmo dedica-se, habitualmente, ao tráfico de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime de cumprimento da pena será o INICIALMENTE FECHADO. A fixação do regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada mostra-se imperativa no caso em apreço. Muito embora o *quantum* da reprimenda não ultrapasse 08 (oito) anos, tenho que as peculiaridades do caso justificam a imposição do regime prisional mais gravoso, pois sabidamente o tráfico de entorpecentes, conduta dotada de intensa reprovabilidade, causadora de grandes males à sociedade, deve ser punida de forma mais severa e intensa.

Pelos mesmos motivos acima consignados e, ainda, considerando que a pena aplicada ao réu é superior a quatro anos, deve ser afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, assim como o *sursis*, ainda mais quando constatada a sua insuficiência para a reprovação e prevenção do delito.

(...)

Colhe-se do aresto impugnado (fls. 274/281):

(...)

Assim, busca a defesa o reconhecimento da minorante especial prevista no art. 33, §4º, da Lei Antidrogas.

Após detida análise dos autos, verifico que o pedido da defesa não merece guarida. Isso porque, embora seja o acusado primário, como faz certo sua CAC de fls. 83, os elementos coligidos para os autos demonstram que ele se dedicava ao tráfico de drogas.

Como se verifica dos autos, o próprio acusado confessou, em juízo, que vendia *crack* e *cocanina*, cada pino por R\$ 20,00 e cada pedra por R\$ 10,00, tendo, ainda, afirmado que comprara a arma para se proteger, tendo em vista a ameaça de outros traficantes de matá-lo por estar vendendo drogas naquele ponto.

Não bastasse, também admitiu o réu que, no ano de 2012, já fazia o tráfico de drogas, fl. 05.

Logo, ao contrário do que afirmou a defesa, foi o próprio acusado quem admitira dedicar-se ao tráfico de drogas para sobreviver.

Não nos olvidemos que o legislador, quando previu a benesse no §4º, art. 33, da Lei nº 11.343/06, pretendeu unicamente beneficiar - com redução de pena - os principiantes, ou seja, aqueles com histórico criminal favorável.

Desse modo, embora não exista prova de que o acusado integre organização criminosa, não resta dúvida que se dedicava à prática do tráfico de drogas.

Portanto, não faz jus à citada benesse, eis porque rejeito o pleito defensivo.

Doutro norte, o acusado faz jus à atenuante da confissão espontânea, porque admitiu a autoria dos delitos.

Anoto que as penas definidas para cada injusto não merecem reparo, porque definidas nos termos do que dispõem os artigos 59 e 68 do CP.

Quanto ao regime prisional, penso que sentença merece um pequeno ajuste.

O Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, declarou inconstitucional o § 1º do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990, no HC nº.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

114.568/ES - imposição automática do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos ou equiparados - ao fundamento de que, em virtude do princípio da individualização da pena, o regime prisional deve ser imposto observando-se as circunstâncias judiciais do réu, o *quantum* de pena imposta e os antecedentes penais do agente, e não em razão da natureza do injusto.

(...)

Ademais, entendeu a Suprema Corte que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, inserto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, porquanto, cabe ao Magistrado individualizar a reprimenda do condenado conforme o caso concreto.

Ainda, sobre o assunto, trago à colação excerto do voto do Ministro Relator, DIAS TOFFOLI, *ipsis litteris*:

(...)

Portanto, de acordo com a orientação do STF, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, deve o julgador observar o exame das circunstâncias judiciais do apenado.

(...)

Assim, seguindo essa orientação, e tendo em vista a pena aplicada para o crime de tráfico de drogas - 05 anos de reclusão - o exame favorável das circunstâncias judiciais, a primariedade e os bons antecedentes, fixo o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §2º, "b", do CP.

(...)

Mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, **não se dedicar às atividades criminosas** e nem integrar organização criminosa.

Verifica-se, dessarte, que as instâncias de origem concluíram, com arrimo em elementos concretos dos autos, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, o que não pode ser revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra Rosa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na espécie, o v. acórdão atacado afastou a redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, afirmando, expressamente, que o paciente se dedica a atividade criminosa. Para se infirmar tal assertiva, seria necessário o revolvimento probatório, o que não é possível na via cognitiva do habeas corpus (Precedentes).

IV - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art.

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial fechado ao paciente, condenado a pena superior a 4 (quatro) anos, ostentando condições judiciais desfavoráveis reconhecidas na primeira fase da dosimetria da pena. Impossibilidade, portanto, de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (Precedentes).

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 305.713/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 19/12/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada à paciente a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que foram apontados elementos concretos que indicaram a dedicação da acusada a atividades criminosas. As instâncias ordinárias mencionaram a variedade e a grande quantidade de drogas apreendidas, a existência de fortes indícios de ligação da acusada com o grupo criminoso conhecido como o Primeiro Comando da Capital (PCC), a apreensão de diversos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos diretamente relacionados ao tráfico de drogas, a ausência de comprovação de exercício de atividade lícita.

3. Para se afastar a conclusão de que a paciente não se dedicava a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

4. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

5. No caso, o juiz sentenciante determinou a imposição do regime inicial fechado, sem apontar nenhum elemento concreto dos autos que, efetivamente, evidenciasse a necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso de execução.

6. Transitada em julgado a condenação, cabe ao Juízo das Execuções Criminais avaliar o caso em exame, aferindo a eventual possibilidade de, com base nas particularidades do caso concreto, fixar à acusada regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

7. Mostra-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista que a paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para afastar a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado e determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.

(HC 277.140/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 11/12/2014)

De mais a mais, muito embora não tenha sido o único argumento considerado pelas instâncias *a quo* para fundamentar a conclusão no sentido de que o paciente se dedicava às atividades criminosas, a menção à existência feita em curso por suposta participação em delito pretérito de tráfico tem sido validada por esta Corte como argumento idôneo a evidenciar a renitência criminosa acusado, ressalvado o entendimento pessoal desta relatora pela inviabilidade do fundamento em virtude da presunção de inocência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. TRÁFICO DE DROGAS. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIIS EM ANDAMENTO. UTILIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA O INDEFERIMENTO DA MINORANTE DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE, DESDE QUE POR FATOS POSTERIORES, SALVO CASOS EXCEPCIONAIS. PRECEDENTES DO STF. REGIME FECHADO. RÉU PRIMÁRIO. PENA FINAL SUPERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HC NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Embora a existência de inquéritos e ações penais em andamento não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444 do STJ, constitui circunstância apta, em princípio, a evidenciar a dedicação a atividades criminosas, salvo hipóteses excepcionais. Precedentes.

3. Afastada a aplicação da minorante, não há ilegalidade na fixação do regime fechado, mais gravoso, ainda que primário o réu, condenado à pena reclusiva superior a 4 anos, uma vez fixada a pena-base acima do mínimo legal.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 358.417/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 03/10/2016)

Do mesmo modo, nos autos do EResp n.º 1.431.091/SP, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, a Terceira Seção consolidou o entendimento acima esposado, nos termos da seguinte ementa:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O benefício legal previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes;

iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.

II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.

III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

IV - *In casu*, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito".

Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça.

(EREsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017)

Tem-se, pois, que a irresignação não merece prosperar.

Ante o exposto, **denego a ordem.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0084485-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 396.083 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024151189727002 0024151189727 10024151189727001 10024151189727002
24151189727

EM MESA

JULGADO: 06/06/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: RAMON ALEXANDRE MOREIRA SOARES (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.