



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.660 - RS (2016/0253500-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MAGNO AMAURI RIBAS LOBO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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 disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.
3. 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 minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva. Precedentes.
4. Hipótese em que a instância antecedente negou, motivadamente, a aplicação do redutor ao paciente, diante do fato de que ele responde a outras ações penais em curso por crimes contra o patrimônio e posse de drogas, razão pela qual fica afastado o suposto constrangimento suportado pela defesa.
5. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos de reclusão, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).
6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 10 de novembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.660 - RS (2016/0253500-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MAGNO AMAURI RIBAS LOBO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **MAGNO AMAURI RIBAS LOBO**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial para aumentar a pena do paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa, e alterar o regime inicial para o semiaberto.

Neste *writ*, insurge-se o impetrante contra a dosimetria da pena, sustentando que ações penais em curso ou inquéritos não são elementos idôneos para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao pretexto de que o paciente se dedica a atividades criminosas, pois viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Aduz que o fato de o crime de tráfico ser equiparado a hediondo não impede a modificação do regime prisional, nos termos do entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da antiga redação do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cabendo na hipótese a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima, seja fixado o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva e deferida a permuta legal do art. 44 do CP.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 226-227).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 244-245 e 266).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 285-291).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.660 - RS (2016/0253500-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MAGNO AMAURI RIBAS LOBO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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 disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.
3. 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 minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva. Precedentes.
4. Hipótese em que a instância antecedente negou, motivadamente, a aplicação do redutor ao paciente, diante do fato de que ele responde a outras ações penais em curso por crimes contra o patrimônio e posse de drogas, razão pela qual fica afastado o suposto constrangimento suportado pela defesa.
5. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos de reclusão, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).
6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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

O Tribunal *a quo* manteve a pena-base, quatro meses acima do mínimo legal, sob a seguinte fundamentação:

"Considerando o exame dos vetores judiciais do art. 59 do Código Penal, a pena-base restou fixada pouco acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, beneficiando o acusado, eis que a natureza da droga apreendida, cocaína, substância de maior poder entorpecente, aumenta a reprovabilidade da conduta e justificaria o afastamento ainda maior da pena-base do mínimo legal (art. 42 da Lei nº 11.343/06).

Entretanto, na falta de apelo ministerial nesse sentido, mantém-se a pena-base fixada." (e-STJ, fl. 215")

Ao prover o apelo ministerial para afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a Corte de origem consignou que:

"[o paciente] não faz jus à redutora do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois já respondia o réu, quando do fato, outros processos por crimes contra o patrimônio e por posse de drogas, por fatos anteriores ao presente, que já evidenciavam, quando da sentença, reiteração criminosa e afastavam os bons antecedentes: [...]" (e-STJ, fls. 215-217)

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

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal na Lei n. 11.343/2006, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Na hipótese dos autos, observa-se que a instância antecedente negou, motivadamente, a incidência do redutor ao paciente, ao considerar ausente o preenchimento de um dos pressupostos legais, tendo em vista a notícia de que ele responde a outras ações penais por crime contra o patrimônio e posse de drogas.

E, conforme precedentes desta Corte, a existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva

A propósito, os seguintes julgados de ambas as Turmas desta Corte que respaldam esse entendimento:

"[...] 1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

2. Certo é que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possuem o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Essa, aliás, é a essência do princípio da presunção de não culpabilidade. Contudo, não há óbice a que processos em andamento ou mesmo condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado possam, à luz das peculiaridades do concreto concreto, ser considerados elementos aptos a demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de reiteração delitiva (ensejando, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública) ou mesmo para evidenciar, como no caso, a dedicação do acusado a atividades criminosas, notadamente quando verificado que as anotações anteriores também são relativas ao crime de tráfico de drogas.

3. O registro de feitos criminais em curso ou condenações ainda pendentes de definitividade podem afastar o redutor não por ausência de preenchimento dos dois primeiros requisitos elencados pelo legislador, quais sejam, a primariedade e a existência de bons antecedentes, mas pelo descumprimento do terceiro e/ou do quarto requisito exigido pela lei, que é a ausência de dedicação do acusado a atividades delituosas e a sua não integração em organização criminosa.

4. Importante a observação de que não basta a existência de uma condenação anterior ou de um processo em andamento para autorizar a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas, notadamente quando o crime anterior em nada interferir na compreensão de que se trata de um pequeno traficante ou de um traficante ocasional.

5. É possível que o julgador que, dentro de sua discricionariedade juridicamente vinculada, possa livremente valorar as provas carreadas aos autos e os demais dados constantes do processo - inclusive os depoimentos de testemunhas ou mesmo a confissão do acusado - para, se for o caso, se convencer de que o agente não é merecedor do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.

11.343/2006, por se dedicar a atividades criminosas.

6. A conclusão pela inviabilidade de reconhecimento da referida minorante não demanda, na espécie, o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, de fato, é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. O caso em análise, diversamente, demanda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada às anotações constantes na folha de antecedentes penais do acusado." (AgRg no AREsp 938.492/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 06/10/2016).

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

3. 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 permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa. Precedentes.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias concluíram, motivadamente, pela dedicação do paciente a atividades criminosas, levando em consideração as provas obtidas nos autos, e o fato de estar sendo processado em outras ações pelo delito de tráfico de drogas, em consonância com o entendimento firmado por esta Corte." (HC 363.946/SP, de minha relatoria, julgado em 04/10/2016, DJe 18/10/2016).

Por fim, consigne-se que, mantido o *quantum* da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos de reclusão, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0253500-2

HC 372.660 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121100747450 121100747450 70050526235

EM MESA

JULGADO: 10/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MAGNO AMAURI RIBAS LOBO

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

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.