



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.728 - RS (2016/0157638-1)

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 : PAULO MARCIANO FIGUEIREDO FURTADO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. A pretensão de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 ou de absolvição não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).
3. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
4. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 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.
5. Hipótese em que as instâncias ordinárias afastaram, motivadamente, a aplicação do redutor diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada pela quantidade e natureza das drogas apreendidas e pelo fato de responder a outro processo por crime de igual natureza. Logo, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 6 anos e 2 meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantidade e a natureza de drogas apreendidas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o 33 do Código Penal.
7. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
8. *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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de março de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.728 - RS (2016/0157638-1)

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 : PAULO MARCIANO FIGUEIREDO FURTADO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **PAULO MARCIANO FIGUEIREDO FURTADO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 620 (seiscentos e vinte) dias-multa, com incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, alega o impetrante que não há nos autos lastro probatório mínimo para imputar ao paciente o crime de tráfico de drogas, de forma que deveria ter sido absolvido ou ter tido sua conduta desclassificada para o delito previsto no art. 28, da Lei de Drogas.

Afirma que a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada com fulcro em meras suposições.

Destaca, ainda, 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.

Requer, assim, a absolvição do paciente, nos termos do art. 386, VII, do CPP, ou a desclassificação da conduta de tráfico de drogas para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Subsidiariamente, pugna pela aplicação do redutor pelo tráfico privilegiado e pela fixação do regime intermediário.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 2381-382).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 393 e 400).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 421-424).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.728 - RS (2016/0157638-1)

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 : PAULO MARCIANO FIGUEIREDO FURTADO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. A pretensão de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 ou de absolvição não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).
3. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
4. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 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.
5. Hipótese em que as instâncias ordinárias afastaram, motivadamente, a aplicação do redutor diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada pela quantidade e natureza das drogas apreendidas e pelo fato de responder a outro processo por crime de igual natureza. Logo, 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.
6. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 6 anos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2 meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantidade e a natureza de drogas apreendidas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o 33 do Código Penal.

7. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

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

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 ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem de ofício.

Quanto à pretensão de desclassificação para o delito de porte para uso próprio ou de absolvição pelo delito de tráfico de entorpecentes, não assiste razão à defesa.

O Tribunal de origem ratificou a condenação do paciente pelos seguintes fundamentos:

"No que diz com à análise do pedido principal, elaborado pela defesa, em razões - de absolvição do réu, por insuficiência probatória -, tenho que toda a matéria foi apreciada com inteira propriedade e de forma bastante clara e suficiente nas contrarrazões ministeriais, oferecidas em primeiro grau de jurisdição, pelo digno Promotor de Justiça, Dr. Valério Cogo, motivo pelo qual vão as mesmas ora reproduzidas em parte e adotadas como razões de decidir, com a vênua de seu subscritor, evitando-se inútil tautologia (fls. 234/238):

'(...) A materialidade do delito está demonstrada pelas fotografias da fl. 100, pelo registro de ocorrência das fls. 22/26, pelo auto de prisão em flagrante das fls. 14/21, pelo auto de apreensão da fl. 27, pelos laudos periciais das fls. 117/122 e pela prova oral.

[...]

Destarte, repisa-se que o conjunto probatório demonstra, de forma clara, a atividade de narcotraficância exercida pelo réu Paulo Marciano, não sendo possível a sua absolvição, por insuficiência probatória, conforme busca sua defesa.

Quanto ao tráfico, salienta-se que o agente não precisa ser flagrado realizando atos de comércio com a droga para tanto, bastando que realize qualquer um dos verbos nucleares do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, para configurar o delito (no caso, conforme já antes referido, a denúncia atribui ao apelante as condutas de trazer consigo, guardar e ter em depósito, a droga apreendida – cerca de 9g de cocaína e 36g de crack).

Ainda, conforme muito bem destacou o Dr. Luiz Carlos Ziomkowski, ilustre Procurador de Justiça, à fl. 245-verso, do seu parecer:

'(...) Outrossim, é importante enfatizar que os depoimentos de policiais,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contrariamente ao alegado pela defesa do réu, até prova em contrário - não produzidas nestes autos - devem merecer crédito, tanto é assim que o Pretório Excelso já se manifestou no sentido de que: '(...) é válida a prova constante em depoimento policial, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita'. (RTJ 68/64), além de esta própria Corte proclamar, consoante remansosa jurisprudência, que '(...) seria incorreto credenciar-se agentes para exercer serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e, ao depois, negar-lhe crédito quando fossem dar conta de suas tarefas no exercício de funções precípuas.' (Des. Marcel Esquivel Hoppe, RJTJRGs, 198/159).

Em complemento, de mencionar que eventual condição de dependente de drogas não exime o réu do tráfico, eis que, sabe-se, uma circunstância não afasta a outra, pelo contrário, é usual que o viciado em drogas também trafique, até para sustentar o seu vício.

Também em complemento, quanto à validade dos depoimentos dos policiais, ratifico que os mesmos devem ser considerados aptos para sustentar a condenação, conforme reiterada manifestação da jurisprudência: "[...]" (e-STJ, fls. 257-364).

Como se verifica, há testemunhos seguros, somado ao conjunto probatório trazido como fundamento na sentença condenatória e no acórdão recorrido (auto de apreensão e laudo de constatação), de que o paciente foi surpreendido na posse de 9 gramas de cocaína e 36 gramas de *crack*, em desacordo com a lei ou norma regulamentar (e-STJ, fls. 265-279 e 257-364), conduta esta que subsume perfeitamente ao tipo penal do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que, "para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente" (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Vale anotar, ainda, que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017; HC 393.516/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Dessa forma, apoiada a condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes em prova suficiente, o acolhimento do pedido de absolvição ou de desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.340/2006 demanda o exame aprofundado dos fatos, o que é inviável em *habeas corpus* (HC 392.153/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 1º/6/2017, DJe 7/6/2017; HC 377414/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 2/2/2017).

Em relação ao pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado, também não assiste razão à impetrante.

A Corte de origem, ao negar provimento ao apelo defensivo, deixou aplicar o redutor pelo tráfico privilegiado, pelos fundamentos a seguir expostos:

"Inviável a aplicação da redutora do artigo 33-§ 4º, da Lei nº 11.343/06,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois destinada a traficantes de “primeira viagem”, no dizer de Nucci, flagrados com pequena quantidade de tóxico, o que não é o caso dos autos. Com efeito, o réu foi surpreendido com 09 gramas de cocaína e 36 gramas de crack, drogas dotadas de elevada e notória nocividade, sendo a segunda suficiente para confeccionar aproximadamente 360 pedrinhas da substância, o que indica um maior envolvimento com o comércio ilícito. De outra banda, o réu já respondia a outro processo criminal, por idêntico delito, ocorrido pouco mais de um ano antes do fato denunciado (fl. 184), o que também aponta para a sua dedicação à atividade criminosa, afastando a possibilidade da outorga do benefício" (e-STJ, fl. 367).

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 percuciente 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.

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, 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 têm decidido que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, 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 (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, as instâncias ordinárias afastaram a incidência da minorante por entenderem que há elementos suficientes que comprovam a habitualidade delitiva do paciente no tráfico de drogas, pois, **além da quantidade e da natureza da droga apreendida - 9 gramas de cocaína e 36 gramas de crack, o agente responde a outra ação penal, também por tráfico de entorpecentes.**

Assim, assentado pelas instâncias antecedentes, soberanas na análise dos fatos, com fulcro em elementos colhidos nos autos, que o paciente é habitual na prática delitiva, 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* (HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Vale anotar que esta Corte consolidou o entendimento de que 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 é habitual na prática delitiva, como no caso em apreço. (REsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017).

A propósito, os seguintes julgados que respaldam esse entendimento:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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."

(HC 396.083/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AÇÃO PENAL EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA AFASTAR O BENEFÍCIO. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP 1.431.091/SP. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. TESES PREJUDICADAS PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. O entendimento firmado pela Corte local está em consonância com a jurisprudência desta Corte, porquanto a Terceira Seção pacificou entendimento no sentido de que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (EREsp 1.431.091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 1º/2/2017).

[...]

5. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 399.280/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 22/8/2017).

Quanto ao último ponto, o regime prisional não merece alteração.
O Colegiado estadual fixou modo mais gravoso *in verbis*:

"Ocorre que, no caso concreto, não se mostra razoável nem socialmente recomendável a estipulação do regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda carcerária imposta ao apelante, apesar de não se tratar de réu reincidente, diante da variedade, quantidade e natureza nociva das drogas apreendidas (09 gramas de cocaína e 36 gramas de crack), conclusão a que se chega pela leitura conjunta dos artigos 33-§ 3º e 59, ambos do CP e do artigo 42, da Lei nº 11.343/06" (e-STJ, fls. 368-369).

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, embora o paciente seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em 8 anos de reclusão, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais, natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Confiram-se:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar as 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.

5. Estabelecida a pena definitiva dos pacientes em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível à espécie, tendo em vista a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza da droga), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 390.987/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017);

"PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVA DA REDUTORA. REGIME INICIAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REQUISITOS DO ART 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO ATENDIDOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Conquanto se saiba que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, *in casu*, verifica-se que as circunstâncias judiciais do art. 59 são desfavoráveis aos ora pacientes, o que impede a fixação inicial do regime semiaberto para início de resgate da reprimenda.

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 385.942/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Por fim, estabelecido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, 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: 2016/0157638-1

HC 359.728 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00169647320148210016 0049300962015821700 01621400062816 0393867420158217000
1528082014 152808201410847 1621400062816 169647320148210016
393867420158217000 49300962015821700 6802014 70063639223 70067084897

EM MESA

JULGADO: 13/03/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MANOEL DO SOCORRO T. PASTANA

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	: PAULO MARCIANO FIGUEIREDO FURTADO

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