



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 436.409 - RJ (2018/0030005-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : PABLO NONATO MARTINS DE LIRA (PRESO)
PACIENTE : DIOGO CHAGAS FERREIRA DA SILVA (PRESO)

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. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉUS PRIMÁRIOS. MODO INTERMEDIÁRIO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. 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).
3. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou, motivadamente, a aplicação do redutor, diante da comprovada habitualidade delitiva dos pacientes, evidenciada pelo fato de exercerem a função de gerente e "estica" do tráfico de drogas, em localidade dominada por organização criminosa, conhecida como "Terceiro Comando da Capital". Logo, a modificação desse entendimento, para 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. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, sendo primários os réus e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 15 de março de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 436.409 - RJ (2018/0030005-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : PABLO NONATO MARTINS DE LIRA (PRESO)
PACIENTE : DIOGO CHAGAS FERREIRA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **PABLO NONATO MARTINS DE LIRA** e **DIOGO CHAGAS FERREIRA DA SILVA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas, respectivamente, de 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa e 5 anos e 5 meses de reclusão mais 541 dias-multa, a serem cumpridas em regime fechado.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo defensivo para condená-los à pena de 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa, mantido o regime fechado.

Neste *writ*, alega o impetrante que os pacientes preenchem os requisitos legais para serem beneficiados com a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Afirma, ademais, que a quantidade de substância apreendida (53g de maconha e 9g de cocaína), assim como as circunstâncias do delito não autorizam a presunção de que eles se dedicam a atividade criminosa. Sustenta, por fim, que deve ser estabelecido o regime inicial semiaberto, diante da pena aplicada e da inexistência de obrigatoriedade de imposição do regime fechado aos condenados pelo delito de tráfico.

Requer, assim, a aplicação do redutor pelo tráfico privilegiado e, consequentemente, a alteração do regime prisional, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida à fl. 91 (e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 111-114).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 436.409 - RJ (2018/0030005-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : PABLO NONATO MARTINS DE LIRA (PRESO)
PACIENTE : DIOGO CHAGAS FERREIRA DA SILVA (PRESO)

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. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉUS PRIMÁRIOS. MODO INTERMEDIÁRIO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. 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).
3. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou, motivadamente, a aplicação do redutor, diante da comprovada habitualidade delitiva dos pacientes, evidenciada pelo fato de exercerem a função de gerente e "estica" do tráfico de drogas, em localidade dominada por organização criminosa, conhecida como "Terceiro Comando da Capital". Logo, a modificação desse entendimento, para 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. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, sendo primários os réus e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

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

A Corte de origem, ao prover o apelo ministerial para condenar o paciente pelo delito de tráfico de drogas, afastou a forma privilegiada em decisão assim motivada:

"Consta dos autos, conforme denúncia em resumo, que "No dia 29/7/16, por volta das 18h, próximo ao bar do mangue na Ladeira Ari Barroso, Chapéu Mangueira, nesta cidade, PABLO NONATO MARTINS DE LIRA e DIOGO CHAGAS FERREIRA DA SILVA, dividindo o mesmo propósito criminoso, traziam consigo para fins de venda 53 gramas de maconha acondicionadas em 89 saquinhos plásticos e 9 gramas de cocaína acondicionadas em 35 saquinhos plásticos, tudo conforme laudo prévio de fls 20.

Os policiais receberam notícia de que DIOGO, vulgo XB, estava vendendo droga no local acima mencionado. Os policiais, então, para lá se dirigiram e encontraram PABLO e DIOGO reunidos no exercício da venda ilícita de droga. DIOGO, vulgo XB portava dois sacos grandes na mão quando, ao avistar os policiais, jogou fora um dos sacos e começou a dividir com PABLO o pão que havia no outro saco. Os policiais pegaram o saco descartado e verificaram que dentro havia a droga afinal apreendida.

[...]

Notícia os autos que o apelante Diogo exercia função de gerente do tráfico de drogas local e era conhecido como "XB". Já o apelante Pablo era conhecido como "estica" do tráfico de drogas, os quais foram presos na posse de razoável quantidade de maconha e cocaína, em localidade conhecida como "estica ", situada em Comunidade dominada por violenta facção criminosa "Terceiro Comando Puro".

Tal redução mostra-se incompatível com o agir dos apelantes, dando conta de que eles não eram traficantes eventuais, ao contrário, restou demonstrado através do arcabouço probatório que eles praticavam o tráfico de entorpecentes naquela região e integravam a organização criminosa "Terceiro Comando Puro."

Assim, a pretendida benesse somente pode ser concedida se os agentes preencherem todos os requisitos elencados no artigo acima referido, o que não ocorreu no presente caso.

Portanto, não há que se cogitar em diminuição das penas.

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 integrarem organizações criminosas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, o Tribunal de origem afastou a incidência da minorante por entender que há elementos suficientes que comprovam a habitualidade delitiva dos agentes no comércio ilícito de entorpecentes, pois o paciente Diogo exercia a função de gerente do tráfico e Pablo conhecido como "estica", em localidade dominada por organização criminosa, conhecida como "Terceiro Comando da Capital".

Desse modo, uma vez assentado pelas instâncias antecedentes, soberanas na análise dos fatos, com fulcro em elementos colhidos nos autos, que os pacientes se dedicam a atividade criminosa, 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).

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, assiste razão aos pacientes.

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

In casu, a imposição do regime mais gravoso (fechado) está apoiada em considerações genéricas acerca da gravidade do crime de tráfico de drogas e na natureza hedionda do delito, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior (AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Dessa forma, estabelecida a pena definitiva em 5 anos de reclusão, sendo primários os réus e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "fixada a pena-base no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.

2. Uma vez que a pena foi estabelecida em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, o paciente é primário e a análise das circunstâncias judiciais lhe foi favorável, apresenta-se adequado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva, conforme o disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 529.448/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 09/11/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL, TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E USO DE DOCUMENTO FALSO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/06. PARTICIPAÇÃO EM ATIVIDADES DELITUOSAS. SÚM 7/STJ. PRIMARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENAS-BASE NO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA - 400G DE COCAÍNA - CONSIDERADA PELO TRIBUNAL COMO DENTRO DA NORMALIDADE. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

[...]

3. No caso, por ocasião dos embargos infringentes, o Tribunal a quo reconheceu como sendo favoráveis à recorrente as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, reduzindo-lhe a pena-base ao patamar mínimo. Afirmou, também, que a quantidade e a natureza do entorpecente - 400g de cocaína - não destoam das apreensões feitas em hipóteses como a dos autos - remessa de entorpecente para o exterior via postal.

4. Condenada a agravante, primária e com circunstâncias judiciais favoráveis, a sanção definitiva inferior a 8 (oito) anos, é ilegal a imposição do regime prisional fechado, com base na hediondez do delito.

5. Agravo regimental parcialmente provido, tão somente, para fixar o regime prisional semiaberto.

(AgRg no REsp 1542989/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 05/10/2016).

Quanto à suposta negativa de vigência do art. 44 do CP, mantida a reprimenda em patamar superior a quatro anos de reclusão, não atendem, os pacientes, o requisito objetivo para o deferimento da permuta legal (AgRg no AREsp 681.222/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 11/9/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, **de ofício**, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0030005-2

HC 436.409 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00728854820168190001 01206672016 02506812620168190001 1206672016
2506812620168190001 728854820168190001

EM MESA

JULGADO: 15/03/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO 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	: PABLO NONATO MARTINS DE LIRA (PRESO)
PACIENTE	: DIOGO CHAGAS FERREIRA DA SILVA (PRESO)

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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