



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 288.312 - RS (2014/0028927-9)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : ANDERSON LUIZ GODOY RUBANES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

2. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006), elementos que também podem ser considerados para negar a conversão da pena privativa por restritiva de direitos.

3. Na espécie, o Tribunal de origem fez referência à gravidade concreta dos fatos imputados ao apenado, destacando a natureza e a razoável quantidade de entorpecente com ele apreendidas — **584g (quinhentos e oitenta e quatro gramas de "crack" e 26g (vinte e seis gramas) de cocaína** —, circunstâncias que autorizam a conclusão de que sua conduta reveste-se de maior grau de reprovabilidade, a justificar a fixação de regime mais gravoso, bem como para a negativa da conversão da reprimenda privativa por restritiva.

4. Embora a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão — **5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de reclusão** —, a Corte *a quo* entendeu pela necessidade de uma resposta penal mais efetiva, a qual se revela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como a mais adequada à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal, razão pela qual não vislumbro a existência de constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime inicial fechado.

5. Agravo regimental desprovido.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 288.312 - RS (2014/0028927-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **ANDERSON LUIZ GODOY RUBANES**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
AGRAVADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por ANDERSON LUIZ GODOY RUBANES contra decisão monocrática da lavra da então relatora a Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) que negou seguimento ao *habeas corpus* (e-STJ fls. 555/561).

Na presente insurgência, o agravante alega que a quantidade de droga apreendida é ínfima — **584g (quinhentos e oitenta e quatro gramas) de "crack" e 26g (vinte e seis gramas) de cocaína** —, o que possibilita o cumprimento da pena em regime mais brando.

Defende que o ora agravante faz jus ao regime diverso do fechado e à substituição da pena privativa por restritiva de direitos.

Diante disso, pleiteia a reconsideração da decisão agravada. Caso contrário seja submetido o presente recurso à Turma Julgadora, a fim de que seja reformada a decisão agravada e restabelecida a sentença que concedeu o regime aberto e a substituição da pena privativa por restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 288.312 - RS (2014/0028927-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

A insurgência não merece prosperar.

Ao que consta dos autos, a impetração buscava a fixação do regime aberto para o início de cumprimento da reprimenda e a substituição da pena privativa por restritivas de direitos em favor do ora agravado.

Foi negado seguimento ao *habeas corpus*, porque o acórdão impugnado estava em consonância com a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior, no sentido de que, para a fixação do regime prisional e para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o art. 42 da Lei 11.343/2006 dispõe que: *"o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente"*.

Ademais, no que toca ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, bem como no que concerne à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, tratando-se dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Na espécie, o Tribunal de origem fez referência à gravidade concreta dos fatos imputados ao apenado, destacando a natureza e a razoável quantidade de entorpecente com ele apreendidas — **584g (quinhentos e oitenta e quatro gramas) de "crack" e 26g (vinte e seis gramas) de cocaína** —, circunstâncias que autorizam a conclusão de que sua conduta reveste-se de maior grau de reprovabilidade, a justificar a fixação de regime prisional fechado, bem como para a negativa da conversão da reprimenda privativa por restritiva.

Desse modo, embora a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão — **5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de reclusão** —, a Corte *a quo* entendeu pela necessidade de uma resposta penal mais efetiva, a qual se revela como a mais adequada à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal, razão pela qual não vislumbro a existência de constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime inicial fechado.

Cito, por oportuno, as seguintes ementas:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDENAÇÃO EM 5 ANOS DE RECLUSÃO NO REGIME FECHADO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO COM BASE NA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APREENSÃO DE 100,2 GRAMAS DE CRACK E DUAS PORÇÕES DE MACONHA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o fato de o paciente dedicar-se à atividade criminosa é circunstância apta a justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Nestes termos, rever o entendimento da Corte a quo para aplicar o mencionado redutor demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

2. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo.

3. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 357.165/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 13/09/2016, grifei.)*

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPETRAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O enfrentamento de teses jurídicas na via restrita pressupõe que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. O parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 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, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

4. Fixado na sentença condenatória e no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas (...situação em que nada se identifica com a pessoa do Réu, o qual, em caráter de habitualidade, por dispor de expressiva quantidade de drogas, em antro da traficância, expõe evidências no sentido de integrar organização criminosa espúria, dedicando-se, profissionalmente, ao tráfico de drogas, circunstância que evidencia seu enraizamento irresgatável ao submundo do crime...) é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.

5. Regime de cumprimento e substituição de pena, matérias que não foram decididas pelo Tribunal de origem, o que denota a incompetência deste Sodalício para analisar tais matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se mostra razoável, até porque, mantido o quantum da pena, maior de 4 anos, o pleito é descabido.

7. É que apreendida grande quantidade de droga que atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

8. Condenado à pena de 5 anos de reclusão por tráfico de 13g de cloridrato de cocaína, acondicionados em 62 pequenos invólucros, correta a fixação do regime mais gravoso, o fechado.

9. Habeas corpus não conhecido. (HC 192.828/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013, grifei.)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, C.C ART. 40 INCISOS V E VI, DA LEI N. 11.343/06). DOSIMETRIA. PENA-BASE ELEVADA COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA TAMBÉM UTILIZADA NA TERCEIRA FASE DA PENA. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. GRANDE VOLUME DE ENTORPECENTE. PRECEDENTE DESTES STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006 deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 do referido diploma legal.

2. Ao interpretar o mencionado dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

3. No caso dos autos, a quantidade de droga foi considerada tanto na primeira quanto na terceira fases da dosimetria, razão pela qual, ausentes outras circunstâncias judiciais negativas, reduz-se a pena-base ao mínimo legal, 5 (cinco) anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mantendo-se, contudo, o afastamento da referida causa de diminuição especial, em razão do considerável volume do estupefaciente apreendido.

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a gravidade concreta do crime, evidenciada pela expressiva quantidade de droga, justifica a imposição do modo prisional fechado.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando encontram-se preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44, do Código Penal.

2. In casu, a pena foi mantida em patamar superior a quatro anos, impedindo a conversão da reprimenda em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa. (HC 346.460/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 09/08/2016, grifei.)

Diante dessas considerações, mantenho a decisão agravada e **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0028927-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 288.312 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121101206061 00121101318820 121101206061 121101318820 70052937380
70055265961

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

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 : ANDERSON LUIZ GODOY RUBANES
CORRÉU : JONAS QUINCOZES HOSS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ANDERSON LUIZ GODOY RUBANES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.