



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.944 - RS (2015/0197961-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : ALEXANDRE BRAGA MENEZES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO COM BASE APENAS NA EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME FECHADO. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A condenação do paciente pelo delito de tráfico de drogas decorreu de elementos fáticos e probatórios - consistentes no depoimento dos policiais que procederam à prisão do acusado, além da quantidade de droga apreendida em seu poder (4,5 gramas de cocaína).

- Dessa forma, a rediscussão da matéria mostra-se incompatível com a via mandamental eleita, porquanto, para se invalidar a conclusão das instâncias ordinárias, torna-se imprescindível a reavaliação do contexto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatório.

- As instâncias ordinárias concluíram que o paciente não preenchia os requisitos necessários para a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por entender que este se dedicava a atividades criminosas. Contudo, o simples fato de o acusado responder a outra ação penal, por si só, não conduz à conclusão de que se dedique a atividades criminosas, sendo inidôneo tal fundamento para, de forma isolada, obstar a aplicação do redutor previsto no § 4 do art. 33 da Lei 11.343/2006, sobretudo pelo fato de o paciente ter sido apreendido com pequena quantidade de droga.
- O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.
- Ações penais em andamento não podem servir de fundamento para a imposição de regime mais gravoso, nos termos do entendimento desta Corte.
- Tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis, o *quantum* da pena arbitrado, a aplicação da minorante no patamar máximo, resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos a serem definidas pelo Tribunal *a quo*.
- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Tribunal *a quo*.

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.944 - RS (2015/0197961-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : ALEXANDRE BRAGA MENEZES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE BRAGA MENEZES, no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 70053238549).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado.

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso (e-STJ fls. 201/224).

No presente *writ*, a defesa alega que não há elementos probatórios suficientes para embasar a condenação do paciente. Afirma que o acusado utilizou a droga para consumo próprio, tratando-se de mero dependente químico.

Alega, ainda, ser aplicável ao caso a causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, porquanto previstos todos os requisitos elencados pela referida lei. Além disso, assevera que o regime mais gravoso foi fixado sem a devida fundamentação, de forma que haveria constrangimento ilegal causado pelo cárcere em regime de pena mais gravoso do que o assegurado pelo art. 33, § 2º, alíneas "b" e "c", do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, sustenta ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Dessa forma, requer a absolvição do paciente ou a desclassificação para o delito de porte para uso. Subsidiariamente, pleiteia a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 235/236.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 245/246, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.944 - RS (2015/0197961-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. 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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-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 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal local, quando provocado a se manifestar sobre o pedido de absolvição do paciente do delito de tráfico de entorpecentes, bem como sobre a desclassificação da conduta, assim consignou (e-STJ fls. 214/ 218):

(...) Tocante ao mérito, percebe-se que a materialidade do crime de tráfico de drogas está devidamente positivada no auto de apreensão (fl 23) nos laudos de constatação provisória (fl. 26) e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitivo da natureza da substância (fl. 92), bem como na prova oral carreada ao feito.

A autoria é, de igual forma, inconteste.

Em juízo, o réu Alexandre Braga Menezes negou a prática do delito que lhe é imputado, referindo que os entorpecentes apreendidos em sua posse eram destinados a seu consumo pessoal, visto que se trata de dependente químico (fls. 76/78).

Todavia, em desfavor das teses defensivas de insuficiência probatória e desclassificação para posse de drogas, estão os depoimentos harmônicos e coerentes prestados em juízo pelos policiais militares que realizaram a abordagem e prisão em flagrante do acusado.

(...)

Cumpre salientar que os depoimentos prestados pelos policiais em nada estão a carecer de credibilidade, mostrando-se coerentes e harmônicos com os demais elementos de prova dos autos, razão pela qual podem servir de embasamento para condenação, visto que não há motivos para que os agentes públicos imputem falsamente ao réu um delito de extrema gravidade se este não o tivessem cometido.

(...)

Destarte, resta evidente o comércio de drogas praticado jbelo apelante, o qual foi detido pela guarnição policial em local conhecido pelo intenso tráfico de drogas, na posse de substância de extrema lesividade.

Ademais, não se pode deixar de olvidar que o acusado já responde a outro processo pela prática do mesmo crime - comércio de entorpecentes o que evidencia, mais ainda, que valia-se da narcotraficância para garantir sua subsistência.

Não bastasse, as condições em que se deu o flagrante, em local conhecido como ponto de venda de drogas, aliadas a natureza e quantidade das drogas apreendidas (10 buchas de cocaína, pesando 4,5 gramas), dão conta, estreme de dúvidas, de que o réu estava exercendo a narcotraficância.

Da mesma forma, não prospera o pedido de desclassificação do delito para o de posse de drogas.

Ora, é consabido que o simples fato de o acusado ser usuário de drogas, por si só, não possui o condão de descaracterizar a prática do delito de tráfico de drogas, sendo comum a comercialização para financiamento do vício.

Não fosse suficiente, a quantidade de droga apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação policial, conforme já amplamente recorrido, demonstram de forma cabal o cometimento do crime de comércio de entorpecentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se vê, tal como referido pelo Tribunal local, a condenação do paciente pelo delito de tráfico de drogas decorreu de elementos fáticos e probatórios - consistentes nos depoimentos dos policiais que procederam a prisão do acusado, a quantidade de droga apreendida em seu poder, bem como "o local e as condições em que se desenvolveu a ação policial".

Dessa forma, a rediscussão da matéria mostra-se incompatível com a via mandamental eleita, porquanto, para se invalidar a conclusão das instâncias ordinárias, torna-se imprescindível a reavaliação do contexto fático-probatório.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. PENA-BASE FIXADA 1/6 ACIMA DO MÍNIMO. REINCIDÊNCIA APLICADA TAMBÉM EM 1/6. AUMENTOS QUE NÃO SE MOSTRAM IRRAZOÁVEIS E DESPROPORCIONAIS. CONFISSÃO DE QUE A DROGA ERA PARA USO PRÓPRIO. AFIRMAÇÃO NÃO UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO PARA A CONDENAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO APLICADA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- Diante da fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias para a condenação do paciente por tráfico de drogas, a pretensão de absolvição por falta de provas ou desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/06 demanda a incursão aprofundada em todo o conjunto fático-probatório dos autos, vedado na via eleita.

- A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que a fixação da pena-base em 1/6 acima do mínimo em razão de uma circunstância judicial bem como o aumento da pena na mesma fração pela reincidência se mostram razoáveis e proporcionais. Precedentes.

- O paciente afirmou que a droga era para uso próprio, obrigando o magistrado a se pronunciar acerca dessa tese. Mesmo que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aceite essa afirmação como uma confissão, ela não foi utilizada como elemento de convicção para a condenação, não servindo, assim, para sustentar a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 319.178/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 11/06/2015)

Em relação à não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, segue a fundamentação da sentença (e-STJ fl. 144):

o acusado responde a outro processo-crime por esse mesmo delito grave, praticado em data anterior ao presente fato pelo que demonstrado o envolvimento reiterado em trafico de entorpecentes e afastados se encontram os bons antecedentes, tornando incabível a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06:

(...)

Da mesma forma, assim consignou a Corte *a quo* (e-STJ fls. 221/222):

Por outro lado, para fins elucidativos, salienta-se serem igualmente inviáveis, no caso concreto, eventuais pedidos de reconhecimento da redutora do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois o réu não preenche os requisitos subjetivos ao alcance dos benefícios, por apresentar antecedentes, restando evidenciado seu envolvimento reiterado no crime, sendo que, para a substituição, também não preenche o aspecto objetivo (temporal).

Da leitura dos trechos acima, constata-se que as instâncias ordinárias, embora tenham consignado que o acusado é primário e ostenta bons antecedentes, concluíram que se dedica a atividades criminosas por responder a outra ação penal, razão pela qual negou a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Sobre o tema, não desconheço o entendimento firmado pela Quinta Turma no julgamento do HC 280.204/SP (Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, DJe 17/04/2015) no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido de que é possível a utilização de ações penais em curso quando referidos processos permitirem concluir que o agente participa de organização criminosa ou se dedica a atividades ilícitas.

Entretanto, como regra, na esteira da jurisprudência reiterada desta Corte, o simples fato de o acusado responder a outras ações penais, por si só, não conduz à conclusão de que se dedique a atividades criminosas, sendo inidôneo tal fundamento para, de forma isolada, obstar a aplicação do redutor previsto no § 4 do art. 33 da Lei 11.343/2006. Seguem julgados sobre a matéria:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXCLUSÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS. VERIFICAÇÃO. ATIVIDADE CRIMINOSA. PROCESSO CRIMINAL EM CURSO. AUSÊNCIA DE OCUPAÇÃO LÍCITA. DESCABIMENTO. ALTERAÇÃO REGIME INICIAL. APLICAÇÃO SÚMULA 440/STJ.

1. Inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para afirmar que o agravado se dedica a atividades criminosas. Ademais, para configurar tal vinculação, a ausência de ocupação lícita deve vir corroborada por outros elementos concretos, não apresentados na situação sob análise.

2. Estando a pena-base fixada no mínimo legal, pela ausência de circunstâncias judiciais negativas, e sendo primário o recorrente, a fixação do regime aberto está coerente com a orientação da Súmula 440/STJ.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.431.091/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 23/4/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NEGADA. FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. DEMAIS PLEITOS. ANÁLISE PREJUDICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

2. É inviável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei n.º 11.343/2006 amparando-se na pendência de feitos criminais em curso, haja vista que é pacífica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastado o óbice utilizado para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 - a existência de feito criminal em curso -, determinar ao Juízo de primeira instância que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de fixação de regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal. (HC 294.545/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 17/12/2014).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. AFASTAMENTO PELO MAGISTRADO SENTENCIANTE EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE PROCESSO EM CURSO: IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADO A PONTO DE AFASTAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO, ENTRETANTO, EM RAZÃO DA APREENSÃO DE DROGA ALTAMENTE LESIVA, EM QUANTIDADE QUE NÃO SE PODE TER POR ÍNFIMA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. SANÇÃO SUPERIOR A 04 ANOS. PLEITO DE ESTABELECIMENTO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS BRANDO. INVIABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

4. No caso, o Magistrado sentenciante deixou de aplicar a causa de diminuição prevista no § 4.º da Lei n.º 11.343/2006 em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência de processo em curso contra o Paciente. Porém, nos termos da jurisprudência desta Corte, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade.

5. O Tribunal a quo, por sua vez, entendeu que a quantidade da droga apreendida - 60 cápsulas de "cocaína", consubstanciadas em 56,5 g -, impossibilitaria a aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Ocorre que a quantidade de entorpecente, embora não seja mínima, não atinge patamar que impossibilite completamente a aplicação da referida minorante.

6. A pena deve ser diminuída, em face do preenchimento dos requisitos do § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, especialmente se se considerar que fixada a pena-base no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e não reconhecida a dedicação do Paciente à atividade criminosa. Porém, à razão mínima de 1/6, devido à apreensão de quantidade razoável de entorpecente de natureza altamente lesiva.

[...]

9. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, apenas para aplicar a causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, no patamar mínimo, redimensionando, em consequência, a pena do Paciente, nos termos explicitados no voto. (HC 271.516/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 3/4/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

IV. Mostra-se insuficientemente fundamentada decisão que afasta causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 quando, a despeito dos depoimentos do paciente, bem como as quantidade de drogas apreendidas - elementos que indicam a traficância - não é possível concluir pela dedicação do paciente à atividade criminosa.

V. Ademais, o afastamento da mencionada causa de diminuição de pena fundado na existência de ações em curso configura



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal. Precedentes.

[...]

VII. Diante do exposto, deve a ordem ser concedida, unicamente para determinar ao Tribunal a quo que proceda à nova dosimetria, apontando elementos concretos para a fixação da pena-base e, se for o caso, afastamento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, mantidos os demais termos da condenação.

VIII. Ordem concedida. (HC 225.046/ES, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJe 1º/8/2012).

Na espécie, merece destaque o fato de o paciente ter sido apreendido com pequena quantidade de droga – 10 buchas de cocaína, pesando 4,5 gramas.

Dessa forma, resulta inidôneo o fundamento utilizado pela Corte local para concluir que o ora paciente se dedica a atividades criminosas, fazendo jus, portanto, à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 no patamar de 2/3 (dois terços), tendo em vista não existirem circunstâncias que justifiquem a aplicação em patamar inferior ao máximo.

Em consequência, passo à dosimetria da pena.

Mantidos os critérios utilizados pelas instâncias ordinárias na primeira e segunda fase da dosimetria da pena, com a reprimenda provisória de 5 (cinco) anos, aplico o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em 2/3, tornando-a definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de prisão.

Quanto ao regime prisional, cumpre asseverar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de prisão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (STF, HC n. 111.840, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe em 17/12/2013).

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados: HC n. 264.068/RS, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/2/2015; HC n. 274.020/SP, Relator Ministro ERICSON MARANHÃO (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 19/2/2015; e HC n. 299.797/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/12/2014.

No caso dos autos, assim consignou o Tribunal local ao manter o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais gravoso (e-STJ fl. 223):

No caso vertente, apesar dos vetores do artigo 59, dó CP terem sido considerados favoráveis ao réu, tanto que sua pena-base foi fixada no mínimo legal, foi bem destacado na sentença - fl. 108-verso que o acusado responde a outro processo pelo crime de narcotráfico, praticado em data anterior ao presente fato, fatores que autorizam a estipulação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda carcerária a ele imposta, tal como deliberou a decisão hostilizada.

Da leitura do trecho acima, verifica-se que a fundamentação utilizada para impor o regime fechado não é idôneo, tendo em vista que essa Corte possui o entendimento de que não é possível a imposição de regime mais gravoso que a pena aplicada prevê com base em processos que ainda não transitaram em julgado.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO FUNDAMENTADO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E EM PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- Gravidade em abstrato de delito e ações penais em andamento não constituem fundamentos idôneos para justificar a imposição de regime mais severo do que aquele previsto em lei, nos termos da jurisprudência desta Corte.

- Verificada a primariedade dos pacientes, a inexistência de circunstância judicial desfavorável e a aplicação da pena definitiva no patamar de 5 anos e 4 meses de reclusão, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

- Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar aos pacientes o regime inicial semiaberto. (HC 308.339/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO – Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 7/4/2015, DJe 17/4/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVAÇÃO DO REGIME INICIAL E NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COM BASE EM INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N.º 444/STJ. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

(...)

4. Não há ilegalidade a ser sanada na via do habeas corpus quando o regime inicial é fixado com expressa menção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Mesmo que esses argumentos não sejam utilizados para a exasperação da pena-base, a demonstrar a benevolência das instâncias ordinárias, nada impede que incidam para o específico fim de agravar o regime prisional, sem que isso implique violação ao enunciado da Súmula n.º 440/STJ, que é muito claro em vedar a fixação de regime mais gravoso somente caso seja motivada pela gravidade abstrata do delito. Precedentes.

5. No caso, todavia, o argumento utilizado pelo Tribunal de origem para agravar o aspecto qualitativo da pena (regime prisional) e para vedar a substituição da pena privativa de liberdade é manifestamente inidôneo.

6. A teor da Súmula n.º 444/STJ, "[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". Se se entende que processos criminais ou inquéritos policiais em trâmite não levam à exasperação da pena-base, então, por identidade de premissas (cognição processual exauriente e princípio da presunção de não-culpabilidade), apenas condenações transitadas em julgado podem ser consideradas compatíveis com os "antecedentes" a que fazem referência o art. 59 e o art. 44, inciso III, do Código Penal.

7. Ordem de habeas corpus não conhecida. Writ concedido de ofício para o fim de, confirmando a liminar, fixar o regime aberto como regime inicial para cumprimento da reprimenda, bem como para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, ficando a cargo do Juízo das Execuções Penais o estabelecimento das condições do regime inicial e das novas reprimendas. (HC 281.193/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 4/2/2014, DJe 17/2/2014).

HABEAS CORPUS. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS, TENDO EM VISTA A FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA CONSIDERAR COMO NEGATIVAS AS CIRCUNSTÂNCIAS RELATIVAS AOS MAUS ANTECEDENTES E À PERSONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA REDUZIR A PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL

1. A ausência de análise pelo Tribunal a quo acerca da alegada fixação de regime inicial para cumprimento de pena, não configura hipótese de supressão de instância, na medida em que, tratando-se de habeas corpus impetrado contra acórdão proferido no julgamento de recurso de apelação, ocorre o efeito devolutivo amplo, sendo prescindível constar expressamente no aresto a tese defendida na impetração.

2. Em primeiro lugar, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como maus antecedentes, em respeito ao princípio da não-culpabilidade. Da mesma forma, esses elementos não podem ser considerados para elevar a pena-base e ensejar a imputação de regime prisional mais gravoso que o previsto, in casu, no art. 33, § 3.º, alínea c, do Código Penal.

3. A substituição da pena privativa de liberdade é adequada à espécie, porquanto o Recorrente é tecnicamente primário e o delito de falsificação de documento público não foi cometido com violência ou grave ameaça.

4. Ordem concedida para determinar a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, ficando a cargo do juízo das execuções criminais a sua implementação. Habeas corpus concedido de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal. (HC 129.072/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 29/9/2009, DJe 26/10/2009).

Dessa forma, deve ser afastada a fundamentação utilizada pelo Tribunal local para fixar o regime mais gravoso.

Assim, verificada a primariedade do acusado, a inexistência de circunstância judicial desfavorável e a pena privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos, o paciente faz jus ao regime prisional aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Por fim, em relação ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis, o *quantum* da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena arbitrado, a aplicação da minorante no patamar máximo, resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos a serem definidas pelo Tribunal *a quo*.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 2/3, redimensionando a pena para 1 (um) ano, 8 (oito) meses de reclusão, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Tribunal local.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0197961-8

HC 332.944 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00484796320138217000 21200524070 484796320138217000 70053238549
8492012250152

EM MESA

JULGADO: 17/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **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	: ALEXANDRE BRAGA MENEZES

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

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.