



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.587 - RS (2016/0183130-6)

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 : EDSON ROBERTO DE LIMA FONTANELA

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. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS E MAUS ANTECEDENTES. 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. 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).

3. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa dos antecedentes do agente, sendo incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

4. Hipótese em que a instância ordinária afastou, motivadamente, a aplicação do redutor diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada pelo fato de ostentar condenações por delitos diversos, inclusive por tráfico de entorpecentes, que, embora não possam configurar como reincidência, impedem a concessão do benefício. 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.

5. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos e 5 meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a aferição desfavorável das circunstâncias do delito e dos antecedentes, respectivamente, na primeira e na terceira, nos termos dos arts. 33 e 59 do CP.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. *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), 19 de abril de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.587 - RS (2016/0183130-6)

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 : EDSON ROBERTO DE LIMA FONTANELA

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 **EDSON ROBERTO DE LIMA FONTANELA**, 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 1 ano, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 190 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e acolheu o da acusação para afastar a incidência do redutor do tráfico privilegiado, redimensionando a pena para 5 anos e 5 meses de reclusão, mantido o regime mais gravoso.

Neste *writ*, alega a impetrante que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem desabonar os antecedentes do paciente, a fim de justificar o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Aduz ser cabível o regime mais brando e a aplicação da permuta legal, caso acolhido o pleito de diminuição da pena.

Requer, assim, a aplicação da redutora no patamar máximo, a fixação do regime aberto e a sua substituição por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 234).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 240-244).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.587 - RS (2016/0183130-6)

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 : EDSON ROBERTO DE LIMA FONTANELA

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. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS E MAUS ANTECEDENTES. 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. 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. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa dos antecedentes do agente, sendo incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

4. Hipótese em que a instância ordinária afastou, motivadamente, a aplicação do redutor diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada pelo fato de ostentar condenações por delitos diversos, inclusive por tráfico de entorpecentes, que, embora não possam configurar como reincidência, impedem a concessão do benefício. 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.

5. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos e 5 meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a aferição desfavorável das circunstâncias do delito e dos antecedentes, respectivamente, na primeira e na terceira, nos termos dos arts. 33 e 59 do CP.

6. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal.

7. *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.

A Corte de origem, ao prover o apelo da acusação, afastou o redutor do tráfico privilegiado pelos fundamentos a seguir expostos:

"De pronto, adianto que a manifestação do *parquet* deve prosperar, no tocante a impossibilidade de reconhecimento da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art.33 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

Frente ao exposto, entendo que a intenção do legislador foi beneficiar aqueles que não possuem envolvimento com atividades delitivas, o iniciante, sem histórico na seara criminal, o que não é o caso, apontando requisitos objetivos para aplicação da privilegiadora.

Assim, considerando a certidão de antecedentes criminais (fls. 103-105), bem como a lista de ocorrências do acusado (fl.16) vislumbro que este possui a vida volta à atividade criminosa. Necessário referir, ainda, que muito embora não configurada a reincidência, diante da data de ocorrência do fato ora em análise, não se pode olvidar o fato de o réu possuir condenações por ilícitos diversos, fato que, por si, impossibilita a concessão da minorante.

[...]

Como corolário lógico do acolhimento do recurso ministerial, vai reformada a sentença, excluindo a incidência da minorante, devendo a reprimenda final ser fixada em 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, restando, com isso, impossibilitada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, uma vez que o art.44,1 do CP prevê que o benefício será analisado quando a pena privativa de liberdade não for superior a quatro anos" (e-STJ, fls. 221-222).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas ou integrem organizações criminosas.

In casu, o privilégio foi negado ao paciente sob o entendimento de que há elementos suficientes que comprovam sua habitualidade delitiva, uma vez que ostenta várias condenações por crimes diversos, sendo uma delas, inclusive, por tráfico de entorpecentes, que, embora não possam configurar a agravante da reincidência, impedem a concessão do benefício.

Segundo consta na sentença, "as condenações que o acusado registra transitaram em julgado após a prática do fato em análise" (e-STJ, fl. 140).

Sobre o tema, vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa dos antecedentes do agente, sendo incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Dessa forma, assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, com fulcro na vasta folha criminal do paciente, que ele 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).

No que se refere ao pedido de alteração do regime prisional, também não merece acolhimento o inconformismo da defesa.

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 5 anos e 5 meses de reclusão, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável das circunstâncias do delito e dos antecedentes, respectivamente, na primeira e na terceira, nos termos dos arts. 33 e 59 do CP.

Confirmam-se:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. OMISSÃO INEXISTENTE. VIOLAÇÃO AO ART. 617 DO CPP. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. MAUS ANTECEDENTES. CERTIDÃO DE EXECUÇÃO CRIMINAL. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E MAUS ANTECEDENTES. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. ART. 387, § 2º, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA QUE NÃO REDUZIU A PENA PARA O PATAMAR INFERIOR DO ART. 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL - CP. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O julgamento dos embargos de declaração opostos pela defesa no Tribunal de origem demonstrou a inexistência do vício de omissão.

2. O Tribunal de origem não atua em *reformatio in pejus* quando ratifica a imposição de pena com fundamentos não elencados na sentença, pois não houve agravamento da repressão cominada.

3. A existência de maus antecedentes encontra-se demonstrada com base em certidão de execução criminal.

4. Diante da pena definitiva superior a 4 anos e dos maus antecedentes, cabível o regime fechado e inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Considerado o tempo de prisão provisória, na forma do art. 387, § 2º, do CPP, a pena a cumprir permaneceu superior a 4 anos, motivo pelo qual não alterou a imposição do regime inicial.

6. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 771.600/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017).

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: 2016/0183130-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 362.587 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121400361301 01730208220148210001 03730375520158217000 121400361301
1730208220148210001 3730375520158217000 70066876590

EM MESA

JULGADO: 19/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

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 : EDSON ROBERTO DE LIMA FONTANELA

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.