



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 464.064 - PE (2018/0205309-2)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : YTAIRAM DOUGLAS DIAS DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USUÁRIO (ART. 28, LAD). INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. DESCABIMENTO. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREJUDICADO. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 4 ANOS. DETRAÇÃO. JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, **o que não ocorreu no presente caso.**

III - Afastar a condenação ou mesmo desclassificar a conduta, em razão do depoimento dos agentes, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir a conclusão feita pelas instâncias ordinárias, soberano na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do **habeas corpus**, que não admite dilação probatória.

IV - Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 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 organização criminosa. Segundo entendimento desta Corte, o mencionado dispositivo legal tem como objetivo beneficiar, apenas, os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp n. 648.408/SP, **Sexta**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 5/10/2015; AgRg no REsp n. 1.423.806/SP; **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, DJe de 20/8/2015).

V - O v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento da minorante, tendo em vista a existência de registro de condenação anterior ostentado pelo réu. Desse modo, sendo o **paciente portador de maus antecedentes**, não tem direito a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, **pela falta do preenchimento de um dos seus pressupostos legais**.

VI - Nos termos da jurisprudência desta Corte, 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 da **circunstância judicial dos antecedentes**, como bem destacou a r. sentença condentória (fl. 14).

V - Fixada pena acima de 4 anos de reclusão e existindo **circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes)** fica afastada a possibilidade de fixação do regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal**.

VI - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

VII - Quanto ao pleito de detração para fins de progressão de regime, consigno que não há nos autos elementos que permitam avaliar a possibilidade ou não da concessão da benesse, razão pela qual deverá o pedido ser apresentado perante o Juízo da Execução Penal.

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.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 464.064 - PE (2018/0205309-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : YTAIRAM DOUGLAS DIAS DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, impetrado pela Defensoria Pública estadual em benefício de YTAIRAM DOUGLAS DIAS DA SILVA em face de v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco**, no Autos da apelação n. 0052656-58.2015.8.17.0001.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006 (fl. 15).

Irresignada, o Ministério Público interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo em v. acórdão assim ementado:

"PENAL TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO PELO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE EXPOSIÇÃO SUCINTA DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA. DEFESA DEVIDAMENTE ANALISADA NA FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. PRELIMINAR REJEITADA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS COESOS E HARMÔNICOS ENTRE SI. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, §4º DA LEI 11.343/2006). REQUISITOS CUMULATIVOS NÃO PREENCHIDOS. ACUSADO PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME" (fl. 25).

Dá o presente **writ**, no qual a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal na condenação do paciente, haja vista que ocorreu apenas com base no depoimento dos policiais.

Para tanto, sustenta, que "[....] houveram contradições no depoimentos dos policiais que realizaram a prisão em flagrante, pois o policial José Vicente afirmou que foram encontradas com o réu apenas pedras de crack, enquanto o policial Paulo Sérgio afirma terem sido apreendidas na posse do acusado pedras de crack e maconha" (fl. 2).

Afirma, ainda, que "[...] É possível observar que as circunstâncias do caso não tipificam a conduta do acusado no delito de tráfico de drogas (art 33 da Lei 11.343/06). O paciente afirma que as drogas encontradas em sua posse eram para seu uso pessoal, além disso não foram encontrados elementos junto ao acusado que poderiam indicar que aquelas drogas seriam para comercialização, ele não possuía dinheiro, instrumento de pesagem, nem embalagens. Logo, é possível conduir que não existem provas para condenar o acusado pelo crime de tráfico de drogas, visto que aquelas drogas eram destinadas apenas para uso pessoal do acusado, se classificando no art 28 da Lei 11.343/06" (fl. 5).

Assevera, ademais, que "A **culpabilidade**, analisada como circunstância judicial prevista no art 59 do CP, é um plus de reprovação da conduta do agente, extrapolando os limites da Intenção ou da previsibilidade já prevista abstratamente no tipo penal. Portanto, no crime doloso, deve-se mensurar a intensidade do dolo; no culposos, valoração do grau de culpa. Só que, na hipótese dos autos, o magistrado não indicou qual seria esse plus da reprovação concretamente observado nem indicou como o paciente teria extrapolado os limites da Intenção já previsto no tipo penal e utilizou fundamento usado na terceira fase da dosimetria da pena, a saber, concurso de agentes, o que configura **bis in idem**" (fl. 5).

Argumento, além disso, que "[...] Além disso, o MM. Juiz não justificou em sua sentença o motivo por ter valorado negativamente as circunstâncias e as conseqüências do crime. É possível observar que o delito não apresentou nenhuma conseqüência relevante, e não existem motivos para considerar negativo as circunstâncias do crime" (fl. 6).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Menciona, também, que "[...] na terceira fase, ao analisar a minorante presente no art. 33, § 4º da lei 11.343/06, o juiz afirma que não iria aplicar a causa especial de redução, pois o réu não era primário, contradizendo os fatos e seu próprio raciocínio usado na primeira fase. Dessa maneira, seria possível que o MM. Juiz fixasse a pena aquém do mínimo legal, já que trata-se de tráfico privilegiado" (fl. 7).

Por fim, aduz, que "[...] a pena-base não foi, equivocadamente, fixada no mínimo; nem o a paciente teve, como merecia, o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art 33 da Lei 11.343/2006 e, por isso. o réu não teve oportunidade de receber pena restritiva de direitos e também, tem agora contra si, regime mais gravoso do que o quantum justo da pena lhe permite" (fl. 7).

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja o paciente seja absolvido do delito a ele imputado ou, alternativamente, que seja desclassificada a conduta para o crime tipificado no art. 28, da Lei n. 11.343/06. Subsidiariamente, pede a aplicação da causa especial de diminuição, descrita no § 4º do art. 33, da Lei de Drogas, com consequente fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, considerando, ainda, a detração.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 50-51.

Informações prestadas às fls. 57-58.

O Ministério Público Federal, às fls. 95-103, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. MAUS ANTECEDENTES. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT" (fl. 95).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 464.064 - PE (2018/0205309-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : YTAIRAM DOUGLAS DIAS DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USUÁRIO (ART. 28, LAD). INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. DESCABIMENTO. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREJUDICADO. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 4 ANOS. DETRAÇÃO. JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imprestabilidade da prova, **o que não ocorreu no presente caso.**

III - Afastar a condenação ou mesmo desclassificar a conduta, em razão do depoimento dos agentes, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir a conclusão feita pelas instâncias ordinárias, soberano na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do **habeas corpus**, que não admite dilação probatória.

IV - Nos termos do disposto no **§ 4º do art. 33 da Lei 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 organização criminosa. Segundo entendimento desta Corte, o mencionado dispositivo legal tem como objetivo beneficiar, apenas, os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp n. 648.408/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 5/10/2015; AgRg no REsp n. 1.423.806/SP; **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, DJe de 20/8/2015).

V - O v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento da minorante, tendo em vista a existência de registro de condenação anterior ostentado pelo réu. Desse modo, sendo o **paciente portador de maus antecedentes**, não tem direito a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, **pela falta do preenchimento de um dos seus pressupostos legais.**

VI - Nos termos da jurisprudência desta Corte, 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 da **circunstância judicial dos antecedentes**, como bem destacou a r. sentença condentória (fl. 14).

V - Fixada pena acima de 4 anos de reclusão e existindo **circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes)** fica afastada a possibilidade de fixação do regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§§ 2º e 3º, do Código Penal.

VI - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

VII - Quanto ao pleito de detração para fins de progressão de regime, consigno que não há nos autos elementos que permitam avaliar a possibilidade ou não da concessão da benesse, razão pela qual deverá o pedido ser apresentado perante o Juízo da Execução Penal.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Desta forma, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Quanto ao pleito de absolvição ou desclassificação para a conduta prevista no art. 28, da Lei de Drogas, as instâncias ordinárias entenderam estarem presentes provas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficientes da materialidade e da autoria delitiva do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/06. Destacam-se os seguintes trechos do v. acórdão impugnado, **in verbis**:

"Busca o Apelante, através do presente recurso, a reforma da sentença para que seja o acusado beneficiado com a desclassificação do delito que foi condenado (art. 33, caput) para o previsto no art. 28 (porte de droga para consumo próprio), ambos da Lei Antidrogas.

Contudo, tal tese não merece prosperar.

A materialidade do crime é incontestável, consoante o auto de prisão em flagrante delito (fls. 07/09), auto de apresentação e apreensão a fl. 10 e os Laudos Periciais às fls. 23 e 33, que confirmam se tratar de cocaína, apresentada na forma de pedras, vulgarmente conhecidas como "crack".

A autoria, da mesma sorte, resta patente diante do conjunto probatório harmônico carreado aos autos.

O policial José Vicente Correia de Oliveira, condutor do acusado quando da prisão flagrante afirmou, em sede policial (fl. 07):

[...]

QUE, no dia de hoje, por volta das 15:30h, estava em serviço, quando foi acionado pelo CIODS, os quais informaram que teriam sido contactados por populares do bairro Madalena, provavelmente por alguém da Comunidade do Cardoso, o qual informou que haviam indivíduos armados com arma de fogo, sendo que um deles estava trajando camisa da torcida [SIC] jovem do Sport; QUE o depoente e seus companheiros de trabalho foram até o local da ocorrência, ou seja, na Rua Fagundes Varela da Comunidade do Cardoso, local onde foi informado que os meliantes estariam, e encontrou apenas o indivíduo de camisa da torcida jovem do Sport; QUE abordou o referido indivíduo, o qual foi identificado por YTAIRAM DOUGLAS DIAS DA SILVA, e foi encontrado o seguinte material em seu bolso: "60 (SESSENTA) PEDRAS DE UM MATERIAL SÓLIDO AMARELADO, ENTORPECENTE CONHECIDO POR "CRACK"; E 01 (UM) INVÓLUCRO PLÁSTICO CONTENDO MATERIAL VEGETAL DISPERSO, ENTORPECENTE CONHECIDO POR "MACONHA"; QUE o depoente também perguntou sobre a arma de fogo, tendo YTAIRAM respondido que os outros indivíduos que estavam com ele, pegaram a sua arma de fogo e saíram de táxi com destino à Camaragibe/PE; QUE YTAIRAM ainda informou que o motivo dele estar armado foi porque foi ameaçado de morte e agredido fisicamente, pela manhã, por três pessoas pelo motivo da guerra do tráfico; [...]

No mesmo sentido, o policial Paulo Sérgio Simões de Magalhães (fl. 08).

O acusado, quando do seu interrogatório na Delegacia, negou os fatos que lhes foram imputados, tendo afirmado o seguinte (fl. 09):

[...]

QUE, não é verdade que estava vendendo droga e que apenas tinha comprado apenas para consumir os seguintes materiais: "60 (SESSENTA) PEDRAS DE UM MATERIAL SÓLIDO AMARELADO, ENTORPECENTE CONHECIDO POR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"CRACK"; E 01 (UM) INVÓLUCRO PLÁSTICO CONTENDO MATERIAL VEGETAL DISPERSO, ENTORPECENTE CONHECIDO POR "MACONHA"; QUE é verdade que no dia de hoje, durante o dia, estava com uma arma de fogo e o motivo foi porque pela manhã foi ameaçado de morte e ainda foi agredido fisicamente por três indivíduos, apenas sabendo o nome de um deles, o que se chama "IGOR"; QUE no dia de hoje, no período da tarde, foi abordado por policiais militares, tendo o declarante, antes disso, jogado a arma de fogo na maré, e foi encontrado com as referidas drogas apreendidas nos autos; QUE já foi preso pelo crime de tráfico de drogas, onde passou um pouco mais de dois meses em regime fechado.

[...]

Em juízo, as testemunhas ratificaram os seus depoimentos (fls. 82/83), confirmando o fato de que encontraram a droga com o Apelado.

O acusado, por sua vez, ao ser ouvido perante a autoridade judicial (fls. 80/81), admitiu apenas em parte os fatos que lhes foram imputados, afirmando que a droga apreendida era para o seu consumo e esclarecendo que "passava dois, três dias fumando, de modo que chegava a consumir 60, 70 pedras".

Contudo, ainda que o acusado negue a autoria do tráfico, tentando fazer com que prevaleça a tese de ser mero usuário, o conjunto probatório carreado aos autos é hígido e coerente, permitindo concluir que, de fato, ele estava praticando a mercancia.

Insta registrar, por oportuno, que a quantidade da droga apreendida, além da forma como estava acondicionada, denotam que não era para consumo próprio e sim destinada ao tráfico. Mencione-se, ainda, que para a configuração do delito de tráfico não é necessária que a venda se efetive, porquanto se trata de crime de ação múltipla ou conteúdo variado, onde a prática de qualquer uma das condutas descritas no tipo se traduz em consumação.

[...]

Vale ressaltar que o fato de as testemunhas serem policiais não desabona ou diminui o valor probatório de suas declarações, especialmente quando prestadas sob a garantia da ampla defesa e do contraditório, como é o caso dos autos. Neste Tribunal, o tema está pacificado, nos termos da súmula nº 75/TJPE, in verbis: "É válido o depoimento de policial como meio de prova".

Portanto, diante dos depoimentos das testemunhas, todos coesos e harmônicos entre si, inviável o pleito para desclassificação (art. 28 da Lei 11.343/2006) do delito de tráfico de drogas, pelo que não merece reparo, neste ponto, a sentença.

Da mesma sorte, no que tange à aplicação da causa especial de diminuição da pena (art. 33, §42, Lei Antidrogas) na fração máxima, entendo que a sentença não deve ser retocada.

Isto porque, para usufruir do benefício, é imprescindível que o condenado seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Ausente um dos requisitos, inviável a diminuição da pena, porquanto devem ser preenchidos de maneira cumulativa.

Na hipótese dos autos, contudo, o Apelado é portador de maus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes, conforme se depreende do processo nº 0039456-52.2013.8.17.0001, o que afasta a incidência da benesse legal.

Inclusive, a título de registro, em julgado datado de fevereiro de 2017, o STJ entendeu ser "possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas,, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §49, da Lei 11.343/06" (STJ, EREsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017).

Por tudo, ante a total higidez da sentença vergastada, na esteira do parecer da Procuradoria de Justiça, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo a sentença em todos os seus termos (fls. 29-33, grifei)".

Nesse particular, registre-se que o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante da paciente constitui meio de prova idôneo a fundamentar a condenação, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal, **como ocorreu no presente caso.**

Ademais, a condição de as testemunhas serem policiais não retira o valor da prova produzida, porque, como qualquer testemunha, prestam o compromisso e a obrigação de dizer a verdade (CPP, arts. 203 e 206, 1ª parte).

Nestes termos, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, **o que não ocorreu no presente caso.**

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DE INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO. TEMA NÃO DEBATIDO NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NULIDADE. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM DEPOIMENTO POLICIAL. PROVA IDÔNEA. COMÉRCIO EFETIVO. PRESCINDIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/3. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

READEQUAÇÃO DA PENA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. 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. O pleito referente à ofensa ao princípio de inviolabilidade do domicílio não foi objeto de exame no acórdão impugnado, o que impede seu conhecimento, diretamente, por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. A pretensão de absolvição do delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 por insuficiência de provas não pode ser apreciada por este Tribunal Superior, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).

4. Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, 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, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.

5. É firme o entendimento desta Corte Superior de que "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento" (HC 382.306/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 10/2/2017). [...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa." HC n. 404.514/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 12/03/2018, grifei)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS PROVAS QUE ENSEJARAM A CONDENAÇÃO. TESTEMUNHAS POLICIAIS CORROBORADAS POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INCOMPATIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INSTRUÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEFICIENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. **Não obstante as provas testemunhais advirem de agentes de polícia, a palavra dos investigadores não pode ser afastada de plano por sua simples condição, caso não demonstrados indícios mínimos de interesse em prejudicar o acusado**, mormente em hipótese como a dos autos, em que os depoimentos foram corroborados pelo conteúdo das interceptações telefônicas, pela apreensão dos entorpecentes - 175g de maconha e aproximadamente 100g de cocaína -, bem como pelas versões consideradas pelo acórdão como inverossímeis e permeadas por várias contradições e incoerências apresentadas pelo paciente e demais corréus.

3. É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que o depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso (HC 165.561/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 15/02/2016). Súmula nº 568/STJ.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 393.516/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 30/06/2017, grifei).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. ACESSO DA POLÍCIA ÀS MENSAGENS DE TEXTO TRANSMITIDAS POR TELEFONE CELULAR. AUTORIZAÇÃO DOS RÉUS. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O acesso da polícia às mensagens de texto transmitidas pelo telefone celular, com a devida autorização dos réus, afasta a ilicitude da prova obtida.

2. **O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu na hipótese.**

3. **Agravo regimental improvido"** (AgRg no HC n. 391.080/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 09/06/2017, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, as instâncias ordinárias assentaram que as circunstâncias em que ocorreu a prisão em flagrante demonstra que o réu estava profundamente envolvida com o tráfico de drogas.

Com efeito, afastar a condenação ou mesmo desclassificar a conduta, em razão do depoimento dos agentes públicos, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir a conclusão feita pelas instâncias ordinárias, soberano na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do **habeas corpus**, que não admite dilação probatória.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte de Justiça:

"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).

[...]

8. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 359.728/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 20/03/2018, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA INVIÁVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DOS CRIMES QUE INDICAM O TRÁFICO HABITUAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS PREJUDICADOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

- Para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei n. 11.343/2006. **Na espécie, tendo a Corte local, com arrimo no conjunto probatório produzido nos autos, constatado que os agravantes praticaram o delito de associação para o tráfico, é inviável desconstituir tal premissa em sede de habeas corpus, diante da necessidade de revolvimento fático-probatório, vedado na estreita via do mandamus, de cognição sumária. Precedentes.**

[...]

- Agravo regimental não provido" (AgRg no HC n. 420.808/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 08/03/2018, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONSEQUÊNCIAS DELITIVAS DESFAVORÁVEIS. EVENTO COPA DO MUNDO NO BRASIL. LOCAL FREQUENTADO POR JOVENS E TURISTAS DURANTE O EVENTO. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ. **Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que os delitos de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico restaram plenamente caracterizados. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de absolvição, seria necessário proceder à análise do conjunto**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatório ameadado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

[...]

6. *Ordem denegada*" (HC n. 418.706/SP, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 14/03/2018, grifei).

Nesse compasso, nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 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 organização criminosa.

Segundo entendimento desta Corte, o mencionado dispositivo legal tem como objetivo beneficiar, apenas, os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp n. 648.408/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 5/10/2015; AgRg no REsp n. 1.423.806/SP; **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, DJe de 20/8/2015).

Na hipótese, o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento da minorante, tendo em vista a existência de registro de condenação anterior ostentado pelo réu. Desse modo, sendo o **paciente portador de maus antecedentes**, não tem direito a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, **pela falta do preenchimento de um dos seus pressupostos legais**.

Ademais, nos termos da jurisprudência desta Corte, 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 da **circunstância judicial dos antecedentes**, como bem destacou a r. sentença condentória (fl. 14).

Quanto ao tema, trago à colação os seguintes precedentes:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MOEDA FALSA. BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO RÉU. ATIPICIDADE POR IMPROPRIEDADE DO OBJETO (FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA).

VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR, COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO ORA EXAMINADO, DIZ RESPEITO AOS ANTECEDENTES DO RÉU E PODE JUSTIFICAR AUMENTO NA PENA-BASE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há violação de domicílio quando esta é precedida de autorização do morador, independentemente de que tal haja ocorrido no período noturno. *Precedente.*

2. A análise da alegada impropriedade do objeto (falsificação grosseira) implica reexame fático-probatório dos autos, vedado, em recurso especial, pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ 3. A matéria relativa à desclassificação da conduta para aquela do art. 289, § 2º, do Código Penal não foi prequestionada. Súmula n. 282 do STF.

4. **A condenação definitiva por fato anterior ao crime da denúncia, mas com trânsito em julgado posterior, pode ensejar aumento na pena-base. *Precedente.***

5. A avaliação desfavorável de circunstâncias judiciais pode inviabilizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. *Precedente.*

6. *Agravo regimental não provido*" (AgRg no AREsp n. 769.785/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 15/12/2017, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FALSIFICAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE CONFIGURADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. SÚMULA 444/STJ. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES COM BASE EM CONDENAÇÃO JÁ ATINGIDA PELO PRAZO DEPURADOR DE 5 ANOS. NÃO OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO ENTRE CONFISSÃO E MULTIRREINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RÉU REINCIDENTE E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O trancamento da ação penal por falta de justa causa somente é possível quando se constata, prima facie, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie. III - É típica a conduta de alterar placa de veículo automotor, mediante a colocação de fita adesiva, conforme ocorreu na espécie dos autos, na qual não se pode dizer que a falsificação foi grosseira. Precedentes.

IV - A condenação por crime anterior, com trânsito em julgado no curso do feito que apura a prática delitiva, justifica a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, para exasperação da pena-base. Precedentes.

V - Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto.

VI - Tratando-se de sentenciado com duas condenações transitadas em julgado, mostra-se possível promover a compensação parcial entre a confissão e a multirreincidência.

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 392.220/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 31/10/2017, grifei).

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

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ESTELIONATO (ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME OBJETO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE.

1. Restam configurados os maus antecedentes sempre que, na data da sentença, o acusado registre condenação definitiva por delito anterior, independentemente do momento do seu trânsito em julgado, se anterior ou posterior ao crime em análise.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Nos termos da jurisprudência firmada no STJ, a exigência de que o trânsito em julgado da condenação anterior preceda a prática do delito atual se aplica apenas para a caracterização da reincidência, nos termos do art. 63 do Código Penal.

3. Na espécie, a certidão de antecedentes da paciente registra, condenação definitiva por fato anterior ao crime examinado neste feito, o que permite a valoração negativa de seus antecedentes.

[...]" (HC n. 378.302/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 24/8/2017, grifei).

Quanto ao regime estabelecido pelas instâncias ordinárias, fixada pena acima de 4 anos de reclusão e existindo **circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes)** fica afastada a possibilidade de fixação do regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal**.

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA INCREMENTO DA PENA-BASE DECLINADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. VIABILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE EVIDENCIADA. PENA REVISTA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. MAUS ANTECEDENTES E RECIDIVA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

8. Conforme a dicção do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, não se cogita desproporcionalidade na fixação do regime prisional fechado, pois, malgrado tenha sido estabelecida pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, ambos os réus são reincidentes e ostentam maus antecedentes.

9. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para reduzir a pena do paciente Paulo Eduardo a 6 anos e 2 meses de reclusão, mais 14 dias-multa, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório " (HC n. 433.543/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 30/05/2018, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. USO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ALGEMAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO CONCRETO. PRECLUSÃO. MATERIALIDADE DO DELITO. VALIDADE DA PROVA. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PERDA DO OBJETO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM.

[...]

6. É devida a fixação do regime inicial fechado, quando verificado que o paciente, além de ser reincidente, foi condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e possui circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a sua reprimenda-base ficou estabelecida acima do mínimo legal. Inteligência do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal.

7. Não há como ser determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão dos seguintes motivos: a) condenação a pena superior a 4 anos de reclusão (art. 44, I, do Código Penal); b) reincidência em crime doloso (inciso II); c) existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a corroborar que a medida não se mostra, no caso, socialmente recomendável (inciso III).

8. Com a superveniência do trânsito em julgado da condenação, fica prejudicada a análise da almejada concessão do direito de recorrer em liberdade, por tratar-se, agora, de prisão-pena, e não mais de prisão processual.

9. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem" (HC n. 297.449/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 16/04/2018, grifei).

Por fim, mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Quanto ao pleito de detração para fins de progressão de regime, consigno que não há nos autos elementos que permitam avaliar a possibilidade ou não da concessão da benesse, razão pela qual deverá o pedido ser apresentado perante o Juízo da Execução Penal.

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0205309-2

HC 464.064 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00526565820158170001 04445323 4445323 526565820158170001

EM MESA

JULGADO: 20/09/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE	: YTAIRAM DOUGLAS DIAS 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."

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