



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.613 - RS (2017/0039965-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : IAGO RODRIGO FERREIRA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N.º 11.343/06. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ANÁLISE PREJUDICADA. DENEGACÃO DA ORDEM.

1. Na espécie, não há falar em nulidade em razão da ocorrência do interrogatório como primeiro ato da audiência de instrução e julgamento. Ao contrário do que ocorre no procedimento comum – ordinário, sumário e sumaríssimo –, no especial rito da Lei n.º 11.343/2006, o interrogatório é realizado no limiar da audiência de instrução e julgamento.

2. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente – 73 pedras de *crack* (13,2g), 13 petecas de cocaína (4,8g) e 1 bucha de maconha (1,6g) – a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

3. Negado o pleito de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, resta prejudicada análise dos pedidos de alteração do regime inicial para o aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 20 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.613 - RS (2017/0039965-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : IAGO RODRIGO FERREIRA DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de IAGO RODRIGO FERREIRA DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n.º 0351626-19.2016.8.21.7000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática descrita no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/06. Eis o teor do édito condenatório, no que interessa:

Passo à aplicação da pena.

A culpabilidade está bem determinada, visto que imputável, consciente da ilicitude de sua conduta, sendo-lhe exigível comportamento diverso, em conformidade com o direito. Os antecedentes não pesam em seu desfavor, pois no seu prontuário consta apenas o presente feito, considerando, ainda, que recém implementou a maioria penal (fl. 110). A conduta social foi abonada pelas testemunhas de defesa e a sua personalidade não restou esclarecida, presumindo-se normal. Os motivos ligados ao lucro fácil, a custa do sofrimento alheio. As circunstâncias identifico serem desfavoráveis, observado o art. 42 do CP, considerando a nocividade de duas das drogas apreendidas (crack e cocaína), sabidamente de alto poder viciante; consequências do crime sabidamente deletérias e, por fim, não há se cogitar comportamento da vítima.

Diante das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 05 anos e 03 meses de reclusão. Não há agravantes a considerar. Presente a atenuante da menoridade, reduzo a sanção em 03 (três) meses, tendo em vista a impossibilidade de redução da pena nesta fase aquém do mínimo legal, a teor do Enunciado nº 231 do STJ. Dessa forma, resta a pena ainda provisória fixada em 05 anos de reclusão.

Incidente a privilegiadora do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois preenchidos os pressupostos legais, já que o réu é tecnicamente primário e não há indicativo de que se dedique à atividade ou integre organização criminosa, opero a redução da sanção no percentual de 1/6 (um sexto), e não no percentual de 2/3 (dois terços) como postulado pela defesa, uma vez que a expressiva volumetria e diversidade das drogas apreendidas não autoriza a aplicação da redução no patamar máximo previsto em lei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desta forma, a pena resta fixada em definitivo em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão.

Fixo a pena de multa em 416 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, o dia-multa.

Outrossim, tendo em vista o *quantum* da pena privativa de liberdade imposta, aplicável o disposto no artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, a fim de determinar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

Por fim, tendo em vista o *quantum* da privativa de liberdade imposta, inviável a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal.

Isso posto, nos termos supra, julgo PROCEDENTE o pedido vertido na denúncia para CONDENAR o réu IAGO RODRIGO FERREIRA DA SILVA como incurso nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/06, à pena de 04 anos e 02 (dois) meses de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 416 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Considerando que o réu se encontra em liberdade, não havendo motivos que justifiquem a necessidade de decretação de prisão preventiva, poderá apelar em liberdade.

Custas, pelo réu, cuja a exigibilidade resta suspensa nos termos da Lei nº 1060/40 por ter sido assistido pela Defensoria Pública (fls. 170/172).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento ao apelo, nos seguintes termos:

Ex positis, passo a examinar as penas cominadas ao réu.

A basilar foi afastada em 1 apenas três meses do menor patamar, o que se justificou diante da danosa natureza de duas das substâncias entorpecentes apreendidas (cocaína e crack).

Presente a atenuante da menoridade, a sanção retornou ao mínimo legal, não sendo admissível maior redução diante do enunciado da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Por último, diante da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a sanção foi apropriadamente reduzida em 1/6, não se adotando índice mais elevado em função da grande quantidade e diversidade das drogas arrecadadas, restando definitiva, na ausência de outras causas modificadoras, em quatro anos e dois meses de reclusão.

O regime inicial semiaberto, estipulado para o cumprimento da pena, é o adequado, nos termos da alínea "b" do § do art. 33 do Código Penal.

A multa, estabelecida em 416 dias-multa à menor razão unitária, se mostrou simétrica à reprimenda prisional.

Com relação ao seu pleito de exclusão, também não é digno de guarida. Acontece que a pena pecuniária é decorrência legal da condenação, não cabendo ao magistrado excluí-la. Eventual pedido de isenção ou de suspensão deverá ser formulado e examinado pelo Juízo da Execução.

Por último, diante da alteração de posicionamento efetuada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, de que o cumprimento provisório de decisões emanadas de órgão colegiado não ofende o princípio da presunção de inocência, comunique-se ao juízo de origem para que seja expedido o PEC provisório e tomadas as demais providências que julgar cabíveis.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, AFASTO as preliminares e NEGO PROVIMENTO ao apelo. Comunique-se ao juízo de origem para que seja expedido o PEC provisório e tomadas as demais providências que julgar cabíveis (fls. 235/236).

Daí a presente impetração, alegando, inicialmente, nulidade no processo penal, porque não teria sido obedecida a ordem de atos prevista no art. 400 do Código de Processo Penal, ou seja, o interrogatório fora realizado antes da prova testemunhal da acusação.

Aduz que "a realização do interrogatório como primeiro ato da instrução caracteriza constrangimento ilegal a ser sanado em razão do prejuízo decorrente da violação aos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa (...)" (fl. 04)

Suscita, de outra parte, que a causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 deve ser aplicada pelo patamar máximo (2/3) e não meramente 1/6 conforme ocorreu na espécie.

Salienta que o legislador não vinculou o montante de diminuição à quantidade de droga apreendida e nem à variedade ou qualidade.

Pretende ainda a aplicação de regime inicial de pena mais brando, o aberto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais são favoráveis e o montante de pena, após a incidência da diminuição pretendida, ficará inferior a quatro anos.

Pondera, por fim, que deve ser a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, porque satisfeitos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Requer, liminarmente no mérito, o reconhecimento da nulidade ora apontada, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 251/254.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Mário Pimentel Albuquerque, pela denegação da ordem (fls. 261/263).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.613 - RS (2017/0039965-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N.º 11.343/06. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ANÁLISE PREJUDICADA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Na espécie, não há falar em nulidade em razão da ocorrência do interrogatório como primeiro ato da audiência de instrução e julgamento. Ao contrário do que ocorre no procedimento comum – ordinário, sumário e sumaríssimo –, no especial rito da Lei n.º 11.343/2006, o interrogatório é realizado no limiar da audiência de instrução e julgamento.
2. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente – 73 pedras de *crack* (13,2g), 13 petecas de cocaína (4,8g) e 1 bucha de maconha (1,6g) – a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.
3. Negado o pleito de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, resta prejudicada análise dos pedidos de alteração do regime inicial para o aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
4. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Sobre a apontada nulidade decorrente da suposta inversão na ordem procedimental, em razão do que teria havido violação ao princípio constitucional da ampla defesa, visto que o interrogatório fora colhido, não ao cabo do rito, mas em seu limiar, é fundamental ter em linha de consideração a disciplina inserta na Lei n.º 11.343/2006.

Da leitura dos artigos 54/59 da Lei de Drogas, é patente a existência de procedimento especial, em que algumas especificidades avultam. O prazo para o oferecimento da denúncia, é de dez dias, solto ou preso o réu. Ademais, é possível que sejam arroladas apenas cinco testemunhas.

Acerca da audiência de instrução, é salutar a transcrição do artigo 57:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Com a reforma processual penal, trazida pela Lei 11.719/2008, no procedimento comum – ordinário (CPP, artigo 400); sumário (CPP, artigo 531); e sumaríssimo (artigo 81 da Lei 9.099/1995) –, de fato, o interrogatório é o último ato da audiência de instrução e julgamento, antes dos debates.

Contudo, o procedimento da Lei de Drogas não é o comum, mas um daqueles que compõe o repertório dos especiais. Daí, justifica-se, até que eventual alteração legislativa seja efetivada, que o interrogatório seja realizado no início da audiência de instrução e julgamento.

Nesse sentido:

AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. (...) INTERROGATÓRIO. ATO INICIAL DA INSTRUÇÃO. RITO ESPECIAL. LEI N. 11.343/2006. PREVALÊNCIA.

(...)

4. No caso de crime previsto na Lei de Drogas, não há nulidade na realização do interrogatório no início da instrução processual. O rito previsto pela Lei n. 11.343/2006, por ter natureza especial, prevalece sobre a previsão de caráter geral do art. 400 do Código de Processo Penal.

5. Não conhecido o agravo regimental interposto por meio da Petição n. 450.247/2016, porém parcialmente conhecido o agravo regimental manifestado pela Petição n. 450.206/2016 e, nessa extensão, improvido.

(AgRg no REsp 1505705/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 21/11/2016)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO REALIZADO ANTES DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. NULIDADE. AUSÊNCIA. RITO PREVISTO N LEI N. 11.343/06. QUANTIDADE E QUALIDADE DO ENTORPECENTE. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO. REDUÇÃO PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. RÉUS INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. AUMENTO DA PENA. APLICAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Os acusados pelo cometimento do delito de tráfico de drogas devem observar o rito estabelecido na Lei 11.343/2006, haja vista seu caráter específico em relação ao Código de Processo Penal, não havendo nulidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no interrogatório dos réus ocorrido antes da oitiva das testemunhas, porquanto de acordo com o regramento contido no artigo 57 da Lei de drogas.

2. Em se tratando de crime de tráfico de drogas é pacífico no âmbito deste Sodalício o entendimento de que a fixação da reprimenda básica deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, conforme o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. É assente que na segunda fase da dosimetria da pena deve-se observar os limites mínimo e máximo cominados.

4. Integrando os réus organização criminosa, resta impossibilitada incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

5. A majorante do artigo 40, I, da Lei n. 11.343/2006, em razão da transnacionalidade do delito, pode ser aplicada em conjunto com o artigo 33 da referida norma, porquanto justificada por fundamento diverso.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1357261/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 01/10/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO. ART. 57 DA LEI N. 11.343/06. ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. (...) 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.

- A alegada nulidade em razão de o interrogatório da ré ter sido realizado antes da oitiva das testemunhas não foi apreciada pelo Tribunal. Assim, a sua análise diretamente por esta Corte acarreta indevida supressão de instância. Mesmo que ultrapassado esse óbice, a tese da defesa não se sustenta, pois, nos delitos de tráfico de drogas, o interrogatório do réu é feito antes da oitiva das testemunhas, nos termos do art. 57 da Lei n. 11.343/06 que, por se tratar de norma de caráter especial, deve prevalecer sobre o art. 400 do Código de Processo Penal (procedimento comum ordinário).

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar ao Juízo das Execuções que, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando para o cumprimento da pena.

(HC 218.758/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 04/09/2015)

Dessarte, não há falar em ilegalidade em razão da realização do interrogatório no início da audiência de instrução e julgamento.

No mais, insurge-se a presente impetração contra a aplicação da causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar inferior ao máximo, bem como contra a imposição do regime inicial semiaberto, a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Quanto ao patamar de diminuição, na terceira fase da dosimetria, eis o que consignou o Juízo de primeira instância:

Incidente a privilegiadora do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois preenchidos os pressupostos legais, já que o réu é tecnicamente primário e não há indicativo de que se dedique à atividade ou integre organização criminosa, opero a redução da sanção no percentual de 1/6 (um sexto), e não no percentual de 2/3 (dois terços) como postulado pela defesa, uma vez que a expressiva volumetria e diversidade das drogas apreendidas não autoriza a aplicação da redução no patamar máximo previsto em lei (fl. 171).

A Corte de origem, por sua vez, assim se manifestou:

(...) diante da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a sanção foi apropriadamente reduzida em 1/6, não se adotando índice mais elevado em função da grande quantidade e diversidade das drogas arrecadadas, restando definitiva, na ausência de outras causas modificadoras, em quatro anos e dois meses de reclusão (fl. 236).

Verifica-se, pois, que não há nada a retificar, porquanto o estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da diversidade das substâncias entorpecentes encontradas em poder do paciente – 73 pedras de *crack* (13,2g), 13 petecas de cocaína (4,8g) e 1 bucha de maconha (1,6g) (fl. 14).

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Dessarte, motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação da referida benesse, em razão da quantidade e diversidade das drogas apreendidas, não há falar em ilegalidade. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

- Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o quantum da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)

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

(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na manutenção do redutor no patamar de 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dado o expressivo volume dos entorpecentes apreendidos e sua variedade.

(...)

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 317.172/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 12/04/2016)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. FRAÇÃO DA MINORANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes. Precedentes.

2. Sem embargo, não há como afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pela simples existência de duas condenações transitadas em julgado com extinção da punibilidade há tanto tempo, máxime porque, além de o recorrido ser tecnicamente primário ao praticar o crime em comento, não há notícias de que se dedique a atividades delituosas ou de que integre organização criminosa.

3. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento - o lapso temporal - deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes.

4. Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, no caso, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, devem ser relativizados os dois registros penais tão antigos do acusado, de modo a não lhes imprimir excessivo relevo a ponto de impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

5. A escolha do percentual de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 decorre da discricionariedade vinculada do julgador, de modo que a alteração do quantum de redução nesta instância superior depende da demonstração de ilegalidade ou de teratologia, inexistente no caso.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1160440/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016)

Outrossim, negado o pleito de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, resta prejudicada a análise dos pedidos de alteração do regime inicial para o aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Tem-se, assim, que a irrisignação não merece prosperar.

Ante o exposto, **denego a ordem**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0039965-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 389.613 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121500185440 00593339320158210001 03516261920168217000 10082920151055
121500185440 3516261920168217000 593339320158210001 70071414320

EM MESA

JULGADO: 20/04/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : IAGO RODRIGO FERREIRA DA SILVA

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.