

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.803.902 - RS (2019/0084735-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**RECORRENTE** : LUCAS ANDRE HAAG  
**ADVOGADOS** : RUBEM ARIAS DAS NEVES - RS014435  
SIRLEI TEREZINHA PAVLAK CHIYOSHI - RS011989  
LEONEL PAVLAK DAS NEVES - RS091986  
**RECORRIDO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas) às penas de 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, em regime semiaberto.

A defesa interpôs apelação, pleiteando a absolvição e a incidência da causa de diminuição da pena na fração máxima.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso, conforme a seguinte ementa (fl. 858):

**APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO. MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO.**

*São válidos os depoimentos prestados por policiais quando uníssonos e coerentes, como in casu, em que não há qualquer motivo plausível para desacreditar suas declarações. Aliás, seria contraditório o Estado outorgar-lhes função de tamanha relevância para em seguida não valorar suas palavras, sendo que, não raras vezes, são eles as únicas testemunhas oculares dos delitos. Assim, não importa que os agentes da segurança sejam as únicas testemunhas acusatórias. E, quanto ao destino mercantil das drogas angariadas, somente pela quantidade delas restou demonstrado. De fato, foram apreendidos 13,1 g de crack e cerca de 3 g de cocaína. Para que se tenha uma noção da quantidade de crack angariada, de acordo com a praxe forense, tal quantia poderia ser subdividida em 131 "pedrinhas" menores da substância. Assim, por si só, ela evidencia o destino mercantil.*

**APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE.**

*Suficiente destacar que o réu sequer faria jus à sua*

*aplicação, pois evidente sua dedicação a atividades criminosas, de acordo com seu histórico criminal atualizado, que já atinge três laudas. Apelo improvido.*

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 885/889).

A defesa apontou nas razões do recurso especial negativa de vigência aos arts. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 387, § 2º, do Código de Processo Penal e 33, 44 e 77 do Código Penal, buscando a detração da pena e consequentemente a fixação de regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Requer também a aplicação do redutor de pena no patamar máximo, sob o argumento de que a quantidade de drogas apreendidas é ínfima.

Contrarrazões às fls. 924/932, o recurso foi admitido na origem, tendo o Ministério Público Federal opinado pelo desprovimento do recurso (fls. 950/957).

É o relatório. Decido.

A irresignação não merece prosperar.

Com efeito, *"a vivência delitiva do agente serve para afastar a incidência da minorante do tráfico eventual, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ainda que indicada por feitos em andamento, como tem decidido esta Corte"* (HC 258.996/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 17/06/2016). No mesmo sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITO OBJETIVO NÃO ATENDIDO.**

*I - O entendimento jurisprudencial firmado por esta Corte é no sentido de que "a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a expressiva quantidade de droga, associada às circunstâncias do delito, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.*

11.343/06." (HC 324.283/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 19/8/2016).

II - Fixada a pena acima de quatro anos, não está atendido o requisito objetivo do art. 44, inciso I, do Código Penal para a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 970.443/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 23/03/2018).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. EXISTÊNCIA DE FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE EM QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. Consoante entendimento perfilhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas". Do mesmo modo, nos autos do EResp n.º 1.431.091/SP, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, a Terceira Seção consolidou o referido entendimento. Dessa forma, não há falar em ilegalidade, na espécie, tendo em vista que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi negada por entender a Corte de origem que o paciente era renitente em atividades criminosas, porquanto já condenado anteriormente pela prática do mesmo delito. Ressalva do entendimento da Relatora.

[...] (HC 418.882/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, QUINTA TURMA, DJe de 14/03/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). VEDAÇÃO. PROCESSOS EM ANDAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. [...] WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. De acordo com a jurisprudência desta Quinta Turma, processos em andamento só não podem ser utilizados na primeira fase de dosimetria da pena para majorá-la, sendo possível utilizar esses fatos criminais para vedar a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, quando se referirem à prática de tráfico de

*drogas, demonstrando a habitualidade na prática do delito pelo paciente, como na hipótese dos autos. Precedentes (HC 313.812/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 10/05/2016 e HC 280.204/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, DJe 17/04/2015).*

[...]

Habeas corpus *não conhecido*. (HC 408.410/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 17/10/2017)

Ademais, para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem, seria inevitável o reexame das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. A referida vedação encontra respaldo no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, *verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Nesse sentido:

*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES E APETRECHOS RELACIONADOS COM A TRAFICÂNCIA. CONCLUSÃO DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REDUTOR DA PENA PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. PENA-BASE MAJORADA E GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. Como a Corte de origem concluiu que o agente dedicava-se à atividade criminosa e a modificação deste entendimento depende do reexame do conjunto fático-probatório, incide o óbice da Súmula n. 7/STJ, verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".*

*2. Em virtude de a pena-base ter sido fixada acima do mínimo legal e as circunstâncias do crime serem desfavoráveis ao réu, mostra-se devidamente fundamentado o regime fechado para o início de cumprimento de reprimenda superior a quatro e inferior a oito anos.*

*Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1.219.589/SP, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe 16/3/2018).*

No que se refere à detração do tempo de prisão cautelar, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, "o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade".

No caso dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem, entendendo

tratar-se de progressão de regime, não apreciou a detração prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, em contrariedade ao que dispõe o texto legal e o entendimento desta Corte, firmado no sentido de que "A *previsão inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas da possibilidade de o Juízo de 1º grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração*" (ut, HC 355.088/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 22/06/2016).

Nesse sentido, são os julgados da Quinta Turma desta Corte Superior:

*CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. DETRAÇÃO. SENTENÇA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.736/2012. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E 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.*

*[...]*

*5. Malgrado a sentença tenha sido proferida após o advento da Lei n. 12.736/2012, o juiz processante não observou os preceitos do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal. Por seu turno, o Colegiado de origem limitou-se a reconhecer que o instituto da detração deveria ser aplicado pelo Juízo das Execuções. Ainda, em pesquisa ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na internet, constatou-se que os autos foram remetidos ao Juízo de origem, após o trânsito em julgado da condenação, para o Parquet e para a defesa.*

*6. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções avalie a possibilidade de aplicação do instituto da detração, com fulcro no art. 387, § 2º, do CPP (HC 380.648/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 07/04/2017).*

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DETRAÇÃO. CABIMENTO. REGIME PRISIONAL FECHADO. MANUTENÇÃO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE*

*LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*I - Tendo o v. acórdão impugnado analisado a detração prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal sob o prisma da progressão de regime, em contrariedade ao que determina o comando normativo, patente o constrangimento ilegal.*

*II - Havendo o trânsito em julgado da condenação para a defesa em 20/2/2017, cabe ao Juízo da Execução analisar a matéria referente à detração.*

*[...]*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que seja apreciada pelo Juízo da Execução a possibilidade de fixação de regime inicial diverso em razão da detração decorrente da prisão provisória da paciente, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal (HC 384.773/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 08/05/2017).*

Ficam prejudicados os pedidos quanto ao regime e à conversão da pena, porquanto mantido o *quantum* da pena fixada.

Ante o exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial apenas para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que realize a detração penal, de acordo com o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**

Relator