



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.637.444 - SP (2019/0380870-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **FABIO ANTONIO DE MELLO JUNIOR**
AGRAVANTE : **WESLEY WANCLEI DIAS DE OLIVEIRA (PRESO)**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
JOAO PAULO BONATELLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP316788
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA APREENDIDA. IMPOSSIBILIDADE. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Como é cediço, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

2. Entretanto, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, e ainda que a pena-base tenha sido estabelecida no mínimo legal, observo que as circunstâncias do caso, quais sejam a quantidade e a variedade do entorpecente apreendido – 154,55g de "Cannabis Sativa", popularmente conhecida por maconha, divididos em 25 porções embaladas em sacos plásticos transparentes, 90,55g de cocaína, divididos em 131 porções acondicionadas em microtubos plásticos e 3,92g de "crack" divididos em 23 porções acondicionadas em embalagens de papel alumínio e plástico preto -, não recomendam a substituição.

3. Agrado regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de maio de 2020(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.637.444 - SP (2019/0380870-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : FABIO ANTONIO DE MELLO JUNIOR
AGRAVANTE : WESLEY WANCLEI DIAS DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JOAO PAULO BONATELLI - DEFENSOR PÚBLICO -
SP316788
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto por FABIO ANTONIO DE MELLO JUNIOR e WESLEY WANCLEI DIAS DE OLIVEIRA, contra decisão, de minha lavra, que deu parcial provimento ao agravo em recurso especial para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto, mantendo a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no crime de tráfico privilegiado.

No presente agravo, a defesa assevera que "é preciso observar que, e sempre respeitosa e aparentemente contraditório inviabilizar a substituição da pena com base em certas circunstâncias ao mesmo tempo em que a pena foi fixada em seu mínimo legal."(e-STJ, fl. 466)

Aponta, ainda, que "a quantidade de entorpecente não se revele exagerada, as porções encontradas no presente caso não chegam a constituir um montante suficiente para a inviabilizar a substituição da pena."(e-STJ, fl. 467)

Pugna, assim, pelo provimento do presente agravo.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.637.444 - SP (2019/0380870-7)

VOTO

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

A insurgência não merece prosperar.

No caso dos autos, insurge-se a defesa contra a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Como é cediço, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

Entretanto, entendendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, e ainda que a pena-base tenha sido estabelecida no mínimo legal, observo que as circunstâncias do caso, quais sejam **a quantidade e a variedade do entorpecente apreendido – 154,55g de "Cannabis Sativa", popularmente conhecida por maconha, divididos em 25 porções embaladas em sacos plásticos transparentes, 90,55g de cocaína, divididos em 131 porções acondicionadas em microtubos plásticos e 3,92g de "crack" divididos em 23 porções acondicionadas em embalagens de papel alumínio e plástico preto -, não recomendam a substituição.**

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015). 3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus. 4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. 5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto. 6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal. 7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que **a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos** (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014). 8. **In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida.** 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015).(grifo nosso)*

Dessa forma, não tendo o agravante apresentado argumentos aptos a reverter o entendimento assentado na decisão monocrática, esta se mantém por seus próprios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, **nego** provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0380870-7

AgRg no
AREsp 1.637.444 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1500534-73.2018.8.26.0571 15005347320188260571 1628/2018 16282018

EM MESA

JULGADO: 26/05/2020

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FABIO ANTONIO DE MELLO JUNIOR
AGRAVANTE : WESLEY WANCLEI DIAS DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JOAO PAULO BONATELLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP316788
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FABIO ANTONIO DE MELLO JUNIOR
AGRAVANTE : WESLEY WANCLEI DIAS DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JOAO PAULO BONATELLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP316788
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.