



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 495.401 - SP (2019/0056659-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **RAFAEL FERREIRA DA SILVA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
: **BRUNO VINICIUS STOPPA CARVALHO - SP320632**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECRUDESCIMENTO DO REGIME PRISIONAL E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No que tange ao regime de cumprimento de pena, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. No presente caso, em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva do acusado em 3 anos e 4 meses de reclusão, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, utilizadas para modular a redutora do tráfico privilegiado, justificam o afastamento da substituição da pena e a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto.

3. Agravo regimental desprovido.

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), 21 de maio de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 495.401 - SP (2019/0056659-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : RAFAEL FERREIRA DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO VINICIUS STOPPA CARVALHO - SP320632
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental (fls. 63/76), interposto contra decisão (fls. 52/59) de minha relatoria, que não conheceu de *habeas corpus* anteriormente impetrado, mas concedeu a ordem de ofício para reduzir a pena definitiva aplicada ao paciente para o novo patamar de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 333 dias-multa.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 4 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e multa, com substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante constante do § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 24/32).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para alterar o regime prisional para inicial semiaberto e cassar a substituição da pena (e-STJ fls. 17/21).

Nas razões do presente recurso (e-STJ fls. 63/79), a defesa reitera os fundamentos do *habeas corpus*, no sentido de que cabível o estabelecimento do regime semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Aduz que "considerando-se a pena-base no mínimo legal, absoluta primariedade, ausência de envolvimento pretéritos ou posteriores com qualquer tipo penal, bem como o histórico do paciente, além da notícia, pela prova oral descrita na r. Sentença, que o paciente era trabalhador, recebia seguro-desemprego e aceitou apenas guardar a droga,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não há motivos suficientes para manter o regime inicial diferente do aberto. Não deve ser levado em consideração e utilizado exclusivamente como justificativa somente a quantidade de entorpecente" (e-STJ fl. 69).

Pleiteia, assim, que seja conhecido e provido o recurso para que à pena seja fixado o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 495.401 - SP (2019/0056659-3)

VOTO

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

O recurso não merece prosperar.

Afinal, o agravante não apresenta nenhum argumento capaz de desconstituir os motivos sobre os quais se baseou a decisão ora impugnada, proferida em harmonia com a jurisprudência desta Corte.

No caso em análise, embora o *habeas corpus* não pudesse ser conhecido pois impetrado em substituição a recurso próprio, a constatação da ocorrência de constrangimento ilegal na fixação da pena do então paciente levou à revisão da dosimetria realizada nas instâncias ordinárias.

Não obstante a isso, no presente agravo, insurge-se a defesa contra a utilização da natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos para recrudescer o regime e justificar a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No entanto, não assiste razão ao recorrente.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte admite o recrudesimento do regime prisional com lastro na quantidade e na natureza dos entorpecentes apreendidos, na esteira do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, c/c o 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. READEQUAÇÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Hipótese em que verificada a primariedade, os bons antecedentes e o fato de não restar comprovado que a paciente se dedique ao tráfico ou integre organização criminosa, mostra-se desproporcional a incidência da fração mínima pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, com base apenas na quantidade de droga apreendida (21,75g de crack), sendo adequada à hipótese a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau médio (1/2), atento aos vetores do art. 42 da referida lei.

5. Valorada negativamente uma das circunstâncias judiciais (a natureza da droga), o regime inicial semiaberto (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena de 2 anos e 9 meses de reclusão, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, ficando a reprimenda final da paciente em 2 anos e 9 meses de reclusão, mais pagamento de 275 dias-multa, em regime semiaberto. (HC 368.281/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 1º/2/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIABILIDADE. EMBORA PRESENTES NOCIVIDADE E VARIEDADE, A PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS PERMITE O PROPORCIONAL AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA APLICADA. REPRIMENDA REDUZIDA. MANTIDO O REGIME PRISIONAL SEMIABERTO, MAIS GRAVOSO DO QUE A PENA COMPORTA, ANTE A NOCIVIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS, VALORADAS NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- No caso, embora o paciente seja primário e a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporte, em princípio, o regime inicial aberto, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela variedade e a nocividade das drogas apreendidas (cocaína e crack), elementos que, inclusive, justificaram a escolha da fração redutora de 1/2 pelo tráfico privilegiado, recomenda o estabelecimento do regime inicial semiaberto. Inteligência do art. 33, § 3º, do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para reduzir as penas do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 250 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 411.133/MG, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 27/9/2017).

No caso dos autos, assim se manifestou a Corte local ao fixar o semiaberto (e-STJ fls. 20/21):

[...]

Desta feita, considerando que RAFAEL detinha quase 700g de drogas diversas, inclusive grandes quantidades de cocaína e de crack, não vejo como considerar proporcional à ofensa o início no regime mais brando, em punição equivalente à do pequeno traficante preso com alguns gramas de maconha.

Assim, na espécie, o Tribunal *a quo* conferiu legalidade ao regime semiaberto, pois levou em consideração a quantidade e diversidade da droga apreendida, argumento válido para tal fim.

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por restritivas de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

Logo, a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos pode ser estabelecida para o delito de tráfico de entorpecentes, mas, para tanto, é necessário que o acusado preencha os requisitos legais elencados no art. 44 do Código Penal.

Na espécie, embora adimplido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP, a razoável quantidade do entorpecente apreendido não recomenda a substituição, nos termos do inciso III do art. 44 do CP.

Nessa linha, destaco:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

III - Ademais, a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta requer fundamentação específica, baseada em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

IV - No caso, aplicada a pena de 2 anos de reclusão, deve ser estabelecido o regime inicial intermediário, tendo em vista a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade da droga apreendida, elemento que, inclusive, justificou a escolha da fração redutora de 3/5 pelo tráfico privilegiado. Aplicação dos art. 33, § 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

V - O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC n. 97.256/RS, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, passou a admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

VI - Na espécie, a quantidade de entorpecente apreendidos não recomenda a substituição da pena, nos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela . Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem de ofício apenas para, confirmando a liminar anteriormente concedida (fls. 47-49), fixar o regime semiaberto para resgate da reprimenda, mantido os demais termos da condenação. (HC 485.779/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 01/03/2019).

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: 2019/0056659-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 495.401 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20170000780033 30063190420138260510 7242013

EM MESA

JULGADO: 21/05/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO VINICIUS STOPPA CARVALHO - SP320632
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL 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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : RAFAEL FERREIRA DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO VINICIUS STOPPA CARVALHO - SP320632
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA 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.