



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 980.375 - SP (2016/0237740-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **RODRIGO GARCIA HORIATH**
ADVOGADOS : **LEANDRO GIANNASI SEVERINO FERREIRA - SP211304**
 : **GUILHERME ROBERTO DORTA DA SILVA - SP205201**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 APLICADA NO PERCENTUAL MÁXIMO. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44 DO CP PREENCHIDOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. O agravado foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no artigo 273, § 1º, B, I, do Código Penal, e 1 ano e 8 meses de reclusão, pela prática do delito praticado do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006, no total de 3 anos e 6 meses de reclusão.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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. Diante disso, há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado.

3. Adequado o regime aberto considerando-se a ausência de circunstâncias judiciais negativas e a incidência da fração máxima da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

4. Tendo em conta o *quantum* da pena aplicada e a ausência de circunstâncias judiciais negativas e de violência nos crimes cometidos, faz jus o recorrente à substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos (art. 44 do CP).

5. Agravo regimental não provido.

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), 14 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 980.375 - SP (2016/0237740-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **RODRIGO GARCIA HORIATH**
ADVOGADOS : **LEANDRO GIANNASI SEVERINO FERREIRA - SP211304**
 : **GUILHERME ROBERTO DORTA DA SILVA - SP205201**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de e-STJ fls. 494/497, de minha relatoria, em que dei provimento ao agravo em recurso especial para fixar o regime aberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao recorrente, na espécie, 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 com a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Insurge-se o agravante contra o provimento do recurso alegando que a quantidade de entorpecente apreendida constitui fundamento idôneo para a fixação do regime fechado e para manter afastada a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 980.375 - SP (2016/0237740-9)

VOTO

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

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, deduz-se das razões recursais que o agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, *in verbis* (e-STJ fls. 494/497):

Os elementos existentes nos autos informam que o Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao apelo defensivo para redimensionar a pena do recorrente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, pelo cometimento do crime do art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, mantendo a pena do crime do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, também, em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, resultando o somatório em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado.

A defesa alega, nas razões do presente recurso, que o recorrente faz jus ao regime aberto para o cumprimento da reprimenda, porquanto a gravidade abstrata do delito não serve como fundamento para a fixação do regime mais gravoso.

Com razão, porquanto esta Corte já decidiu que, 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 440/STJ e 718 e 719 do STF.

In casu, constata-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, o recorrente é primário e a pena não excede a quatro anos. Além disso, o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas foi considerado em sua fração máxima, dois terços (e-STJ fl. 410), razão pela qual o regime prisional adequado à espécie é o aberto. Nessa linha:

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. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

3. No caso, ao contrário do firmado na sentença condenatória, entende-se que a quantidade de entorpecente apreendida (1 porção de maconha, com peso de 94,86g) não se mostra elevada, fazendo jus a paciente à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando considerada sua primariedade e a ausência de elementos indicativos de que integre organização criminosa ou de que se dedique à criminalidade.

4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

5. Estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva da paciente em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, substituída, ainda, a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução (HC 328.303/AC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 27/5/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME ABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

II - Ademais, não é idônea a utilização da quantidade de droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena.

Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 62.627/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 15/4/2016).

Por fim, tendo em conta o quantum da pena aplicada (três anos e quatro de reclusão) e a ausência de circunstâncias judiciais negativas e de violência no crime cometido (tráfico), faz jus o recorrente à substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos (art. 44 do CP).

O pedido de execução provisória fica indeferido, porquanto "a Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito". (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).

*Ante o exposto, com amparo no art. 932, VII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", parte final, do RISTJ, **conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial** para fixar o regime aberto para o cumprimento da reprimenda corporal, com a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução.*

Publique-se. Intimem-se.

Mantida a decisão, não há que se falar em execução provisória da pena restritiva de direitos.

Com essas considerações, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0237740-9

AgRg no
AREsp 980.375 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00604855920138260050 1227/2013 12272013 20150000971055 604855920138260050
RI002FQ0S0000

EM MESA

JULGADO: 14/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : RODRIGO GARCIA HORIATH
ADVOGADOS : LEANDRO GIANNASI SEVERINO FERREIRA - SP211304
GUILHERME ROBERTO DORTA DA SILVA - SP205201
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 : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RODRIGO GARCIA HORIATH
ADVOGADOS : LEANDRO GIANNASI SEVERINO FERREIRA - SP211304
GUILHERME ROBERTO DORTA DA SILVA - SP205201
INTERES. : 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.