



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 385.074 - RS (2017/0004112-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : LEONARDO FRAGA DA SILVA
ADVOGADA : ANA MARIA CASTAMAN WALTER - RS058735
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. ESCOLHA DA FRAÇÃO. CRITÉRIO LEGAL. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA JUSTIFICAR O REGIME PRISIONAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na escolha do *quantum* de redução da pena (art. 33, § 4º), por expressa previsão legal (art. 42), o juiz deve levar em consideração a quantidade, a natureza e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas. Inteligência do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. A gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime prisional mais gravoso, em consonância com a jurisprudência desta Corte.

3. Considerando a pena aplicada, no patamar superior a 4 anos, inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento dos requisitos do art. 44, I, do Código Penal – CP.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de abril de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 385.074 - RS (2017/0004112-2)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : LEONARDO FRAGA DA SILVA
ADVOGADA : ANA MARIA CASTAMAN WALTER - RS058735
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de fls. 477/485, que julgou não conhecer o *habeas corpus*, com estes fundamentos:

Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de LEONARDO FRAGA DA SILVA, condenado como incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

A impetrante insurge-se contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que deu parcial provimento a apelação interposta pela defesa e reduziu a pena para 4 anos e 2 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINARES REJEITADAS. PALAVRA DOS POLICIAIS. PROVA SUFICIENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTO DO REGIME PRISIONAL ALTERADO DE OFÍCIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE.

1. Ainda que não se trate de quantidade expressiva, a variedade de substâncias, em consonância com o local do flagrante, conhecido como ponto de tráfico, aliado às circunstâncias da apreensão e à tentativa de fuga do recorrente, são aptas a caracterizar o agir criminoso, evidenciando a destinação das drogas ao comércio ilícito. 2. Irrelevante o fato de se tratar o recorrente de consumidor de entorpecente, circunstância que não inviabiliza a sua condenação pelo delito de tráfico de drogas, até porque, como é sabido, nada impede que o agente usuário se transforme em pequeno traficante justamente para sustentar o vício. 3. Sendo o agente tecnicamente primário e sem antecedentes e entendendo que a concessão do benefício não conflita com os preceitos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, faz ele jus à redução da pena pela minorante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. 4. Mercê da pena privativa de liberdade, verifica-se, pela natureza deletéria do entorpecente, que não é recomendável a imposição do regime mais liberal, impondo-se, assim o inicial fechado, mas com fundamento no disposto no art. 33, § 2º, alínea a, e par. 3º, do Código Penal. 5. O total de pena fixado impede a substituição da pena e a concessão do sursis. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RECORRENTE M.L.M. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO. A pena fixada ao réu, 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, nos termos da regra posta no artigo 109, inciso V, do Código Penal, prescreve no prazo de 4 (quatro) anos, lapso temporal já transcorrido, no caso vertente, entre a data da publicação da sentença condenatória (26/1/2012 – fl. 236) e o presente momento. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RÉU M.L.M. (fl. 60).

Requer a aplicação da causa especial de diminuição de pena (§ 4º) no patamar máximo (2/3), bem como a fixação de regime mais brando e a substituição da pena por restritivas de direitos (art. 44 do Código Penal), sob o argumento de que o paciente preenche todos os requisitos legais.

[...]

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Na hipótese dos autos, o paciente, juntamente com outro réu, foi preso em flagrante porque trazia consigo, para fins de comercialização, 14 pedras de crack e 2 porções de cocaína, além de rádio comunicador e quantia em dinheiro trocado.

O Juízo de primeiro grau condenou-o por tráfico ilícito de drogas, aplicando a pena nos seguintes termos:

[...]

Embora tecnicamente primários os réus, ambos os acusados já ostentam condenações por tráfico de entorpecentes, Leonardo por fato, inclusive, anterior ao presente, o que evidencia o envolvimento reiterado e que se dedicavam à prática desse mesmo delito grave, afastando a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

[...]

ISSO POSTO, julgo parcialmente procedente a ação penal para condenar MIZAEL LUIZ MOREIRA e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEONARDO FRAGA DA SILVA nas penas do art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, com a incidência, quanto a Mizael, do art. 26, parágrafo único, do Código Penal.

Passo a dosar as penas.

Os réus são tecnicamente primários. A culpabilidade está bem determinada, visto que imputáveis, conscientes da ilicitude de suas condutas, sendo-lhes exigível comportamento diverso, em conformidade com o direito. As personalidades não evidenciam anormalidade. Os antecedentes e as condutas sociais não restaram demonstradas. Os motivos não restaram esclarecidos. As circunstâncias e as conseqüências do crime não apresentam particularidades. Não houve influência de comportamento de vítima.

Diante das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, para:

LEONARDO FRAGA DA SILVA

Fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão, deixando de operar a redução pela atenuante reconhecida por já ter fixado a pena no mínimo cominado (Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça), pelo que a torno definitiva na ausência de outras causas modificadoras. A pena pecuniária vai fixada em 500 (quinhentos) dias-multa, na razão de um trigésimo do salário mínimo nacional vigente à época do fato, corrigida quando do pagamento.

Fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464, de 28.03.07 (fls. 276/278)).

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem reduziu a reprimenda, destacando:

[...]

Subsidiariamente, pleiteia a defesa o reconhecimento da minorante do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 e a conseqüente redução da pena do recorrente.

Com razão.

Com relação à primeira fase dosimétrica, andou bem magistrado singular ao fixar a basilar em seu mínimo, 5 (cinco) anos de reclusão, porquanto não valorou negativamente qualquer dos vetores do artigo 59, do CP.

Igualmente, na segunda fase, embora reconhecendo a menoridade do réu ao tempo do fato, deixou de reduzir a pena, já que fixada no mínimo, em atenção à vedação da Súmula nº 231, do STJ.

Diversamente, na terceira fase da dosimetria, erroneamente considerou que o réu registrava condenação anterior pelo mesmo delito, e o privou da redução da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo tráfico privilegiado.

Percebo, todavia, que a condenação do recorrente, ainda que pelo mesmo delito, é posterior ao fato ora sub judice (fls. 167/168) e, portanto, sendo ele tecnicamente primário e sem antecedentes e entendendo que a concessão do benefício não conflita com os preceitos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, faz ele jus à redução da pena pela minorante prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

Assim, endento adequada a redução em 1/6, já que se trata de substância de alta lesividade e de quantidade que não impede o reconhecimento do benefício.

Logo, fica o recorrente definitivamente condenado a 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Por força da redução operada, a pena de multa vai fixada em 420 (quatrocentos e vinte) dias-multa.

Igualmente, merece retoque a decisão guerreada no que tange ao argumento utilizado para a fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena corporal.

O regime prisional estabelecido na sentença foi o inicial fechado, em alusão direta ao disposto no art. 2º, par. 1º, da Lei nº 8.072/90.

Reconheceu o Supremo Tribunal Federal, todavia, no "Habeas Corpus" nº 111.840/ES, a inconstitucionalidade da fixação obrigatória do regime inicial fechado nos crimes hediondos e nos equiparados, como o tráfico, uniformizando, no seio dos tribunais superiores, a observância dos requisitos do art. 33, do Código Penal, na delimitação do regime.

[...]

Assim, mercê do dimensionamento da pena privativa de liberdade, verifica-se, principalmente pela natureza deletéria dos entorpecentes, que não é caso de imposição do regime mais liberal, impondo-se, assim o inicial fechado, com fundamento no disposto no art. 33, §2º, alínea a, e par. 3º, do Código Penal (fls. 401/404).

Vê-se, o julgamento colegiado negou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na sua maior fração, em face da quantidade e natureza das drogas apreendidas, fundamentos que justificam uma maior reprovação da conduta, entre outros aspectos pelos efeitos deletérios causados pelos entorpecentes, a exigir uma resposta mais efetiva do Direito Penal.

Cumprе ressaltar que o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso ao afirmar: 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.

[...]

No que diz respeito ao regime prisional, embora a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base tenha sido fixada no mínimo e o paciente seja primário, a natureza das drogas (crack e cocaína) demonstra a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

[...]

Mantida a pena definitiva em patamar superior a 4 anos de reclusão, não há amparo legal para a substituição por sanções restritivas de direito, à luz do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus.

Alega o agravante que a decisão impugnada deixou de aplicar a causa especial de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em sua maior fração, impor regime prisional menos gravoso e substituir a sanção corporal por medidas restritivas de direitos, sob a fundamentação *genérica de alta lesividade da substância entorpecente apreendida, sem especificar a quantidade já que a lei determina a sua referência* (fl. 490).

Diante disso, busca a reconsideração do *decisum* ou o julgamento do recurso pelo órgão colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 385.074 - RS (2017/0004112-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Não obstante os esforços da defesa, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Na escolha do *quantum* de redução da pena (art. 33, § 4º), por expressa previsão legal (art. 42), o juiz deve levar em consideração a quantidade, a natureza e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas.

Esses elementos (quantidade, natureza e variedade da droga) justificam ainda a manutenção do regime prisional fechado e a não substituição da pena por medida restritiva de direito, pois, quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério da droga, maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, sobretudo por força do princípio da individualização da pena.

Em reforço à jurisprudência colacionada no *decisum*, temos os seguintes julgados, de ambas as Turmas que julgam matéria penal:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE QUE FAZ JUS AO BENEFÍCIO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. NOCIVIDADE, VARIEDADE E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO DE 1/6 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL INVIÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- No caso, reconhecido o tráfico privilegiado, tendo em vista o paciente preencher os requisitos para a aplicação da benesse, a pena provisória deve ser reduzida na fração de 1/6, diante da nocividade, variedade e quantidade das drogas apreendidas, a demonstra a gravidade concreta do delito. Precedentes.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Na espécie, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, o regime fechado é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a nocividade, variedade e quantidade das drogas apreendidas, circunstância desfavorável que, inclusive, justificou a escolha da fração redutora mínima, de 1/6, pelo tráfico privilegiado. Precedentes.

- Uma vez que a pena final foi fixada em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, por ausência dos requisitos previstos no art. 44 do CP. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação (HC 382.241/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/03/2017).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. NEGATIVA PELA SIMPLES QUANTIDADE DE DROGA, SEM INDICATIVOS DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ILEGALIDADE FLAGRANTE. REGIME PRISIONAL FECHADO PELA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA - (COCAÍNA - MAIS DE MIL FRASCOS). POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

4. A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 constitui direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena, devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 ser utilizados não como óbice à sua concessão, mas como vetoriais norteadoras da fixação do quantum de redução a ser aplicado no caso. Precedentes.

5. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a quantidade e a variedade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação de regime penal mais gravoso. Precedentes.

6. Prejudicada a análise do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, diante do quantum de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, nos termos do art. 44, I, c/c art. 69, §1º, ambos do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício apenas para reduzir as penas do delito de tráfico de drogas a 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa (HC 246.909/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

03/10/2016).

Ademais, a fixação da pena acima de 4 (quatro) anos impede a sua substituição por medidas restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0004112-2

AgRg no
HC 385.074 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0185991520128217000 185991520128217000 20800786522 70048770085

EM MESA

JULGADO: 06/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANA MARIA CASTAMAN WALTER
ADVOGADA : ANA MARIA CASTAMAN WALTER - RS058735
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LEONARDO FRAGA DA SILVA
CORRÉU : MIZAE LUIZ MOREIRA

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 : LEONARDO FRAGA DA SILVA
ADVOGADA : ANA MARIA CASTAMAN WALTER - RS058735
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.