



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 750.296 - RS (2022/0187388-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : ALCEU DE LIMA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME ABERTO. INVIABILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO, CONTUDO, PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

2. A quantidade, a natureza e a variedade das drogas constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal, mas, no presente caso, a quantidade (60g de cocaína) não justifica a escolha da fração mínima, sendo mais adequada o patamar de 1/2.

3. 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.

4. No caso, não há se falar em ilegalidade da fixação do regime inicial semiaberto. Não obstante a pena seja inferior a 4 anos de reclusão e a primariedade do paciente, as circunstâncias judiciais não lhe eram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Assim, nos termos do art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal, o regime inicial intermediário se mostra mais adequado.

5. Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam, tendo em vista a quantidade e natureza da droga .

6. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Visto, 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, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2022(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 750.296 - RS (2022/0187388-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **ALCEU DE LIMA (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por ALCEU DE LIMA contra decisão de minha lavra, pela qual não conheci do *habeas corpus*, contudo, concedi a ordem, de ofício, para redimensionar a pena para 2 anos e 9 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação (e-STJ fls. 66/72).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 3 anos, 3 meses e 18 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 300 dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos (e-STJ fls. 13/22).

Interposta apelação pelas partes, o Tribunal local negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento ao reclamo defensivo para redimensionar a pena para 4 anos e 7 meses de reclusão, mantido o regime semiaberto, contudo, cassando a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Segue a ementa do acórdão (e-STJ fls. 23/31):

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. CONDENAÇÃO APENAS PELO PRIMEIRO DELITO. APELOS MINISTERIAL E DEFENSIVOS. MANUTENÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. Quanto ao delito de tráfico de drogas, de acordo com os policiais, a abordagem ocorreu em razão de diversas denúncias de que na boate eram vendidos entorpecentes. Foram encontradas drogas na posse dos dois réus, tendo ambos confessado a comercialização. Ainda, há o depoimento judicial de um usuário confirmando a aquisição de entorpecentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na casa noturna de ambos os denunciados, além de outras declarações inquisitoriais. Nesse quadro, não há que se falar em insuficiência de provas ou desclassificação para posse para consumo pessoal. Por outro lado, não há nada que indique a associação para o narcotráfico denunciada pela acusação. De fato, a abordagem ocorreu por denúncias de venda de drogas no local, as quais sequer apontavam especificamente os traficantes. Ademais, inexistente comprovação de estabilidade, permanência ou divisão de tarefas, parecendo apenas um concurso eventual, porquanto não há qualquer investigação prévia ou outro elemento seguro a respeito da ligação entre os denunciados. APENAMENTO. DIMINUIÇÃO DO ÍNDICE DE AMORTIZAÇÃO DAS PENAS PELO PRIVILÉGIO DE ASSASSINATO DA SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE UM DOS RÉUS. IMPOSSIBILIDADE DE MUDANÇA PARA O OUTRO. Apelo ministerial parcialmente provido.

No presente writ (e-STJ fls. 3/6), a impetrante alegou que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, apontando que a fração, em razão da redutora, deve ser fixada no patamar máximo de 2/3. Argumentou que *tendo em vista a falta de idoneidade do fundamento utilizado para o afastamento do direito subjetivo do paciente ao reconhecimento da minorante em comento, visto que preenchidos os requisitos legais* (e-STJ fl. 6).

Pugnou, ainda, pela fixação do regime inicial aberto, bem como pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Dessa forma, requereu, na liminar e no mérito, a aplicação da fração, em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado, no patamar máximo de 2/3, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em decisão acostada às e-STJ fls. 66/72, este Relator não conheceu da impetração, contudo, concedeu a ordem, de ofício, para redimensionar a pena para 2 anos e 9 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

Em seu agravo (e-STJ fls. 79/84), a impetrante alega que a quantidade de drogas não justifica a fração escolhida, uma vez que não se mostra expressiva, devendo, por isso, ser fixada no patamar máximo de 2/3. Aduz, ainda, que o regime deve ser fixado no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto, assim como substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pleiteia, assim, a reconsideração da decisão agravada ou, caso contrário, sua submissão ao órgão colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 750.296 - RS (2022/0187388-9)

VOTO

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

A despeito das alegações do agravante, entendo que a decisão impugnada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Quanto à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sabe-se que a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

No caso, a minorante foi aplicada na fração de 2/5 pelo juízo de primeiro grau com base nos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 19):

Na terceira fase, reconhecida a causa privilegiadora do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, é de reduzir a pena também em 2/5 [em atenção aos critérios objetivos do § 4º e das circunstâncias do art. 59 do CP]. Logo, fica a pena definitiva em 3 (três) anos, 3 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão.

Quando provocado a se manifestar, o Tribunal local manteve a aplicação da redutora, contudo, reduziu a fração para 1/6, conforme se observa (e-STJ fl. 28):

Ausentes atenuantes e agravantes, o privilégio não admite afastamento, pois presentes todos os requisitos do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, mas é necessária a redução da fração de diminuição das sanções para o mínimo legal, levando em conta a grande quantidade e a danosa natureza do entorpecente angariado, bem como o fato de que os réus frequentemente vendiam entorpecentes na localidade.

É cediço que a quantidade e a natureza das drogas constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. FRAÇÃO MÍNIMA (1/6). POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. REGIME. DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O art. 42 da Lei n. 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 caso, a fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias está de acordo com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como com a jurisprudência desta Corte, a qual possui o entendimento de que a quantidade e a natureza das drogas podem justificar a aplicação do § 4º em fração inferior a 2/3. Na hipótese, foram apreendidas 45 porções de cocaína (50 g), tendo a Corte estadual, inclusive, ressaltado que, considerando as circunstâncias do delito, a minorante sequer deveria ter sido aplicada, não alterando a sentença nesse ponto tão somente pela falta de recurso da acusação.

3. A quantidade e a natureza da droga demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 584.047/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 23/6/2020, DJe 30/6/2020)

Contudo, no caso dos autos, quantidade apreendida (60 g de cocaína) não se mostra expressiva o suficiente para aplicar a fração mínima, sendo mais adequada a fração intermediária.

Agora, passo a refazer a dosimetria.

Mantidos os critérios utilizados pelas instâncias ordinárias na primeira e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segunda fases da dosimetria, com pena provisória de 5 anos e 6 meses de reclusão, reduzo a pena em 1/2, razão pela qual a torno definitiva em 2 anos e 9 meses de reclusão e multa.

Não obstante o redimensionamento da pena, tendo em vista a quantidade de droga apreendida, bem como o fato de a pena-base ter sido fixada acima do mínimo legal, o regime intermediário se mostra mais adequado, conforme dispõe o art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal.

Quanto à possibilidade de substituição da pena, nos delitos de tráfico, 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. Dessa forma, preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por restritiva de direitos.

No caso, verifico que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição, pois trata-se de apreensão de quantidade de droga expressiva – 60 g de cocaína, circunstância que, inclusive, foi utilizada como critério para fixar a fração da redutora em patamar inferior ao máximo.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS.. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 E 68 DO CP E ART. 42 DA LEI 11.343/2006. OCORRÊNCIA. RELEVANTE QUANTIDADE DA DROGA. UTILIZAÇÃO PREPONDERANTE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. MINORANTE DO TRÁFICO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO SUPERIOR À MÍNIMA PREVISTA EM LEI. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTO VÁLIDO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. A Terceira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.887.511/SP, da relatoria do Ministro João Otávio de Noronha,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendeu, alinhando-se ao STF, que a natureza e quantidade da droga são fatores a ser considerados necessariamente na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, constituindo-se em circunstância preponderante a ser utilizada na primeira fase da dosimetria da pena.

2. Assentou-se, ainda, a compreensão de que a utilização supletiva da natureza e quantidade da droga na terceira fase da dosimetria para afastamento da minorante somente poderá ocorrer quando esse fator for conjugado com outras circunstâncias que possam indicar a dedicação do agente à atividade criminosa ou integração à organização criminosa.

3. No caso, nenhum fato concreto, além da quantidade de droga - 2,8 toneladas de maconha -, foi utilizado para afastar a aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, pois apenas houve presunção, com base na quantidade de entorpecente apreendido, de que o réu se dedicava a atividades criminosas e/ou integrava organização criminosa, configurando constrangimento ilegal.

4. "Nos termos da orientação desta Casa, a distância percorrida pelo acusado e a complexidade da operação de transporte dos entorpecentes são elementos que podem ser considerados para a escolha da fração de aumento de pena decorrente da interestadualidade do crime de tráfico de entorpecentes" (AgRg no HC 455.715/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018).

5. Na espécie, a sentença aplicou a fração de 1/2 porque entendeu que a distância percorrida, de 80% do trajeto pretendido, denota maior reprovabilidade da conduta. Já o Tribunal de Justiça reduziu a fração para 1/3 sob o argumento de que a quantidade de entorpecente e a forma de transporte do entorpecente já denotava a ação típica de organização criminosa, de modo que não se verifica constrangimento ilegal.

6. Apresentada fundamentação concreta para negativa do direito de recorrer em liberdade, explicitada na expressiva quantidade de droga apreendida (3 toneladas de maconha), não há que se falar em ilegalidade.

7. Embora o paciente seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais (quantidade e natureza dos entorpecentes), nos termos dos art. 33 do CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. A existência de circunstância judicial negativa impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos por falta de preenchimento do requisito previsto no art. 44, III, do CP.

8. Habeas corpus concedido para reduzir a pena do paciente para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3 anos, 1 mês e 1 dia de reclusão e 308 dias-multa, bem como para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

(HC 659.571/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 24/8/2021, DJe 1º/9/2021)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0187388-9

AgRg no
HC 750.296 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00009334920158210078 07821500003205 50002424720158210078 7821500003205
9334920158210078

EM MESA

JULGADO: 16/08/2022

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ALCEU DE LIMA (PRESO)
CORRÉU : FELIPE FACHI
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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 : ALCEU DE LIMA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.