



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl no HABEAS CORPUS Nº 390.962 - SP (2017/0047819-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MURILO HENRIQUE DE OLIVEIRA
ADVOGADO : RODRIGO CORRÊA GODOY - SP196109
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO EM PATAMAR AQUÉM DO MÁXIMO. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. REGIME INICIAL. CONCEDIDO O SEMIABERTO. VOLUME E DIVERSIDADE. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. DETRAÇÃO PENAL. TEMA NÃO ANALISADO PELO TRIBUNAL A *QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência do STJ.
2. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e/ou a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a fixação de fração redutora aquém da máxima legal, pela minorante do § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).
3. A espécie, volume e diversidade da substância entorpecente podem justificar a escolha do regime penal mais gravoso, *in casu*, o semiaberto.
4. Inviável a análise da detração penal diretamente por esta Corte superior, porquanto o tema não foi debatido pelo Tribunal de origem, sob pena de incorrer na indevida supressão de instâncias.
5. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2017 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl no HABEAS CORPUS Nº 390.962 - SP (2017/0047819-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MURILO HENRIQUE DE OLIVEIRA
ADVOGADO : RODRIGO CORRÊA GODOY - SP196109
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por MURILO HENRIQUE DE OLIVEIRA, em face de decisão que concedeu parcialmente a ordem para alterar o regime inicial para o semiaberto.

Sustenta o agravante que a quantidade e diversidade das drogas apreendidas - 0,6g de cocaína e 161,7g de maconha - não seriam suficientes a justificar a fixação da fração referente à minorante especial do tráfico em 1/3 e nem tampouco a escolha do regime inicial intermediário.

Requer, assim, a reconsideração da decisão impugnada, ou o provimento do agravo, para que seja redimensionada a reprimenda e alterado o regime inicial para o aberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl no HABEAS CORPUS Nº 390.962 - SP (2017/0047819-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Compulsando os autos, verifica-se que a ordem do *habeas corpus* foi parcialmente concedida, nos seguintes termos (fls. 695/699):

No que concerne ao pleito de aplicação da causa de diminuição especial em 2/3, observa-se que a Corte estadual ficou o quantum de 1/3, com os seguintes fundamentos (fls. 477):

As penas comportam reparo.

Isto porque o magistrado a quo deixou de aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de regência, sob o argumento de se tratar de atividade organizada.

Entretanto, não se deve confundir atividade organizada com organização criminosa. A primeira se refere apenas ao modo de executar a conduta criminosa, enquanto a segunda exige uma estrutura definida e pluralidade de membros. Apenas a segunda veda a incidência do redutor.

Favoráveis as circunstâncias judiciais a básica foi colocada no patamar mínimo e assim mantida na segunda fase da dosimetria, estando ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

*Na terceira fase, considerando a **variedade de drogas e cuidando-se de apreensão de mais de 160 gramas de entorpecente**, aplicou o redutor à razão de 1/3, tornando as penas definitivas em 3 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 333 dias-multa.*

Com efeito, no presente caso, observa-se que foi fixada a fração de 1/3, em relação à causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com fundamento na variedade e quantidade dos entorpecentes apreendidos - 0,6g de cocaína e 161,7g de maconha, fundamentos aptos a justificarem a escolha do quantum em patamar inferior ao máximo previsto. Nesse sentido, o seguinte julgado:

[...]

Com relação ao regime inicial, tem-se que o modo fechado foi mantido pelo Tribunal a quo, nos seguintes termos (fls. 477):

*A **quantidade e a variedade** apreendida evidencia a insuficiência das penas alternativas e justifica a manutenção do regime inicial fechado.*

A fixação do regime inicial mais severo encontra-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devidamente justificada em razão da quantidade e variedade das drogas apreendidas. Ressalto que esta Corte superior entende ser devida a escolha do modo mais gravoso com fundamento na quantidade, natureza e variedade dos estupefacientes. Nesse sentido, o seguinte precedente:

[...]

Entretanto, ainda que exista fundamento para a escolha do modo prisional mais gravoso, não se encontra justificada a escolha do regime inicial fechado, já que a sanção final restou em patamar inferior a 4 anos de reclusão - in casu, 3 anos e 4 meses de reclusão -, de maneira que o regime mais severo é o semiaberto, e não o fechado. Nesse diapasão:

[...]

Por fim, no que concerne ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifico do acórdão, proferido em sede de apelação, que o Tribunal de origem não se manifestou sobre o tema. Assim, analisar tal matéria ensejaria indevida supressão de instância.

Ante o exposto, conheço parcialmente do writ e, nessa extensão, concedo parcialmente a ordem para alterar o regime inicial para o semiaberto.

Posteriormente, os embargos de declaração opostos foram acolhidos, sem, contudo, efeitos modificativos, nos seguintes termos (fls. 720/721):

No que concerne à alegada omissão decorrente da ausência de debate da tese defensiva referente à aplicação do instituto da detração penal, previsto no art. 387, § 2º, do CPP, razão assiste ao recorrente. Isso porque, ao abrandar o regime inicial para o semiaberto, a decisão embargada manifestou-se, nos seguintes termos (fls. 697/698):

Com relação ao regime inicial, tem-se que o modo fechado foi mantido pelo Tribunal a quo, nos seguintes termos (fls. 477):

A quantidade e a variedade apreendida evidencia a insuficiência das penas alternativas e justifica a manutenção do regime inicial fechado.

A fixação do regime inicial mais severo encontra-se devidamente justificada em razão da quantidade e variedade das drogas apreendidas. Ressalto que esta Corte superior entende ser devida a escolha do modo mais gravoso com fundamento na quantidade, natureza e variedade dos estupefacientes. Nesse sentido, o seguinte precedente:

[...]

Entretanto, ainda que exista fundamento para a escolha do modo prisional mais gravoso, não se encontra justificada a escolha do regime inicial fechado, já que a sanção final restou em patamar inferior a 4 anos de reclusão - in casu, 3 anos e 4 meses de reclusão -, de maneira que o regime mais severo é o semiaberto, e não o fechado. Nesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diapásão:

[...]

Evidenciada, portanto, a omissão, passo à análise da tese defensiva.

Com efeito, não obstante a relevância dos argumentos da defesa, no sentido de que o paciente "cumpriu considerável parcela da pena (pouco mais de 09 meses) em regime fechado, de modo que, até em observância ao disposto no artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal, deve ser imposto o regime aberto", nota-se dos acórdãos proferidos em sede de apelação (fls. 666/673) e de embargos de declaração (fls. 674/676), nos quais a questão não foi arguida, que o Tribunal de origem não se pronunciou a respeito da detração penal, de maneira que torna-se inviável a apreciação do tema diretamente por esta Corte superior, sob pena de supressão de instância.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração para sanar omissão, sem efeitos modificativos.

Insurge-se o recorrente quanto à manutenção da fração referente à causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e contra o abrandamento do regime inicial para o semiaberto, quanto o correto seria o aberto. Contudo, não lhe assiste razão.

Conforme consignado na decisão impugnada, esta Corte superior entende ser possível a mitigação da citada minorante e o agravamento do modo prisional com esteio na quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos. Nesse mesmo sentido, tem-se:

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 3 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. GRAVIDADE CONCRETA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- **Deve ser mantida a fração redutora de 1/3, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão recorrido aponta a necessidade de uma maior**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

repressão do delito, ante a sua gravidade concreta, evidenciada esta última pela quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos (maconha, cocaína e crack). Ademais, alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

[...]

- Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito, configurando a coação ilegal. Assim, considerando a primariedade do acusado e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a quantidade e a variedade das drogas apreendidas, que, inclusive, fundamentaram a fração de 1/3 aplicada na terceira etapa da dosimetria pelo tráfico privilegiado, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o regime semiaberto para início de cumprimento da pena do paciente. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 389.710/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 17/04/2017)

Dessa forma, tendo sido apreendidos 0,6g de cocaína e 161,7g de maconha, não há ilegalidade na escolha da fração de 1/3 da minorante especial e no abrandamento do regime inicial para o semiaberto, exatamente como procedido na decisão monocrática.

Por fim, inviável a aplicação do instituto da detração penal, uma vez que as instâncias de origem não analisaram o tema, de modo que a análise diretamente por esta Corte superior ensejaria a indevida supressão de instâncias, sendo, de toda sorte, despicienda sua análise porquanto já fixada a pena final em patamar não superior a 4 anos, de modo que o regime semiaberto, mais gravoso, foi imposto com base em fundamento concreto, consubstanciado na quantidade e diversidade das drogas apreendidas.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0047819-0

**AgRg nos EDcl no
HC 390.962 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16962013 2013001696 20150000215213 20150000559638 30084157220138260451

EM MESA

JULGADO: 10/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO CORREA GODOY
ADVOGADO : RODRIGO CORRÊA GODOY - SP196109
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MURILO HENRIQUE DE OLIVEIRA
CORRÉU : JOUBER RICARDO CAMARA
CORRÉU : DAN HALEVI ALVES

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 : MURILO HENRIQUE DE OLIVEIRA
ADVOGADO : RODRIGO CORRÊA GODOY - SP196109
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.