



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 295.584 - SP (2014/0125342-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOANA LOPES DUQUE (PRESO)
ADVOGADO : MOISÉS DE MORAES SANTANA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Em razão da natureza e da quantidade de droga apreendida, torna-se inviável a incidência da causa de diminuição em seu patamar máximo, mostrando-se razoável e proporcional ao caso concreto a aplicação da benesse na fração de 1/3 (um terço).

REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. MATÉRIAS NÃO SUSCITADAS NO *MANDAMUS*. DISCUSSÃO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. INVIABILIDADE. INOVAÇÃO INDEVIDA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Não é possível a análise das questões referentes à modificação do regime inicial e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, porquanto tais matérias somente foram trazidas à discussão em sede de agravo regimental, providência vedada pela jurisprudência deste Tribunal Superior, por revelar nítida inovação recursal. Precedentes.

2. Agravo regimental parcialmente provido para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar de 1/3 (um terço), reduzindo a reprimenda para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo regimental,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 295.584 - SP (2014/0125342-6)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOANA LOPES DUQUE (PRESO)
ADVOGADO : MOISÉS DE MORAES SANTANA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pela MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, contra decisão desta relatoria que negou seguimento ao *habeas corpus*, por não vislumbrar ilegalidade passível de correção por meio de concessão da ordem, de ofício.

Sustenta o agravante que a decisão merece reforma, a fim de aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, dada a primariedade da paciente e a ausência de indícios de participação em atividades ilícitas ou envolvimento em organização criminosa.

Alega que a quantidade de droga apreendida não seria motivação apta a afastar a aplicação da referida causa de diminuição.

Aduz que o Tribunal de origem não teria ponderado os demais requisitos legais para a aplicação da minorante.

Defende que, reduzida a reprimenda, seria viável o abrandamento do regime inicial, diante da declaração de inconstitucionalidade do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Afirma ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em virtude da Resolução nº 05/2012 do Senado Federal ter afastado a vedação de tal benesse aos condenados por crimes de tráfico de drogas e, na hipótese, estarem preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Requer, assim, a reconsideração da decisão ou o provimento do agravo regimental para que seja aplicado o redutor da pena e, conseqüentemente, abrandado o regime inicial para aberto e substituída a pena por restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 295.584 - SP (2014/0125342-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca-se neste regimental a reforma das decisão que negou seguimento ao *habeas corpus*, no qual se pretendida a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Infere-se dos autos, que a paciente foi condenada à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/06, porque:

"Consta do incluso inquérito policial, que, no dia 26 de março de 2010, por volta das 23:4 5h, na avenida Dona Gertrudes, bairro Alvinópolis, no Município e Comarca de Atibaia, JOANA LOPES DUQUE, qualificada a fls.21 dos autos, transportava, guardava, tinha em depósito e trazia consigo, para fim de tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 28 (vinte e oito) porções de cocaína, embaladas em papelotes plásticos, pesando cerca de 27 g (vinte e sete gramas), droga, conforme fazem certo o auto de constatação de fls. 16/17 , e- o laudo de .exame químico-toxicológico .a ser oportunamente juntado." (e-STJ fl. 06)

Inconformados, o Ministério Público e a defesa interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso defensivo e proveu parcialmente o ministerial para, afastando a causa especial de diminuição, redimensionar a pena para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Impetrou-se *habeas corpus* contra o aludido acórdão, pleiteando a sua reforma e, por conseguinte, a aplicação do redutor especial, no patamar máximo.

Posteriormente, em decisão monocrática deste Relator negou-se seguimento ao *mandamus*, nos seguintes termos:

"Desta forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o agente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçou a sua incidência in casu, destacando que a gravidade concreta do crime, representada pela quantidade da droga apreendida, autorizam a não incidência da causa de diminuição de pena, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior" (e-STJ fl. 217).

Insurge-se o agravante quanto ao afastamento da benesse disposta no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pleiteando, ainda, a modificação do regime inicial e a substituição da pena por restritiva de direito.

No que se refere à almejada aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, razão parcial assiste ao recorrente.

Com efeito, a Corte impetrada, ao prover o recurso ministerial, reformou a sentença condenatória para afastar a incidência do benefício em seu patamar máximo, sob o seguinte fundamento:

"A redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não pode ser aqui adotada, ante a elevada quantidade de cocaína portada pela APELANTE, devendo prevalecer o previsto no artigo 42, da citada Lei" (e-STJ fl. 128).

Note-se que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

No caso em apreço, o magistrado de primeiro grau fixou a minorante em 2/3 (dois terços), ao entender que a sentenciada preencheria os requisitos legalmente previstos.

Por outro lado, o Tribunal *a quo*, ao afastar o redutor, decidiu com base na quantidade de entorpecente apreendido, por considerá-la elevada. Todavia, o fundamento não deve prevalecer, porquanto o volume de droga apreendido - 28 porções de cocaína, pesando 27 g - não se mostra exorbitante ao ponto de justificar a vedação total ao benefício.

Faz-se imperioso, portanto, reconhecer o manifesto constrangimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegal neste ponto, em razão da ausência de fundamentação suficiente a legitimar o afastamento da redução da reprimenda.

Todavia, inviável a incidência em seu grau máximo, como pretendido, tendo em vista a natureza da droga e a quantidade apreendida, pois, embora não sejam de elevada monta para obstaculizar a minorante, não podem ser consideradas inexpressivas, representando motivação idônea para impedir a aplicação da fração de 2/3 (dois terços), nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NEGATIVA INJUSTIFICADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. No caso, entende-se que a quantidade e espécie de droga apreendida em poder do paciente - 2,8 g de cocaína -, por si sós, não permitem concluir que o acusado se dedique a atividades criminosas.

6. Assim, tratando-se de réu primário, com bons antecedentes, e sendo as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal todas favoráveis ao paciente, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, a quantidade de droga apreendida, isoladamente, não tem o condão de afastar a aplicação do disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

7. Em razão da natureza da substância entorpecente, a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não pode ser aplicada em seu patamar máximo, a teor do disposto no art. 42 do mesmo diploma legal, devendo incidir em percentual diverso, ou seja, em 1/3 (um terço).

[...]

9. Agravo regimental parcialmente provido para conceder habeas corpus, de ofício, em favor do paciente, a fim de aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no patamar de 1/3 (um terço), reduzindo a reprimenda para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, a ser cumprida no regime aberto, negada, a substituição da pena por restritivas de direitos.

(AgRg no HC 291.375/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 01/10/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FIXADO O REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza e a quantidade da droga apreendida - 20 porções de crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

[...]

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e o fundamento referente à gravidade in abstrato do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

(HC 295.446/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 04/11/2014)

Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso concreto a aplicação da benesse no patamar de 1/3 (um terço).

Passando-se a dosimetria, tem-se que a pena-base foi fixada no patamar mínimo de 05 (cinco) anos. Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes, mantém-se inalterada. Por fim, na última etapa, com a incidência da causa especial de diminuição da pena na fração de 1/3 (um terço), a reprimenda resta definitiva em **3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.**

No que se refere aos pleitos referentes à mitigação do regime inicial e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, constata-se que foram trazidos à discussão somente agora, em sede de agravo regimental, caracterizando, portanto, inovação recursal. Desta forma, não podem ser examinadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por esta Corte Superior, conforme reiterada jurisprudência.

A propósito, trago à colação os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NA FRAÇÃO DE 1/6. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA DO MAGISTRADO. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. VIABILIDADE. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não se mostra possível analisar questão não suscitada anteriormente, por se tratar de indevida inovação recursal.

2. As circunstâncias concretas do delito e a quantidade e qualidade da droga apreendida, responsáveis pelo aumento da pena-base, constituem fundamentos aptos a inviabilizar a fixação de regime diverso do fechado. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 493.746/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 28/08/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO DESPROVIDO. INOVAÇÃO RECURSAL. ALEGAÇÕES DE OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM NA UTILIZAÇÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA NA 1ª E 3ª FASES DA DOSIMETRIA, FIXAÇÃO DO REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. TESES NÃO VENTILADAS NO RESP. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DA MINORANTE FUNDAMENTADA NA EXPRESSIVA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE ENCONTRADA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

I - As teses relativas à existência de bis in idem na valoração da natureza e quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base acima do mínimo legal, quanto tendente a impossibilitar a aplicação do redutor do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), bem como da possibilidade de fixação de regime diverso do fechado e de substituição da pena por restritiva de direito, foram apresentadas apenas quando da interposição do agravo regimental, o que configura inadmissível inovação recursal.

II - Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, na graduação da pena-base, a natureza e a quantidade da droga apreendida na posse do Acusado, são preponderantes às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, não configurando ilegalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seu arbitramento acima do mínimo legal, ainda que primário e com bons antecedentes. Precedentes.

III - Não tendo a Lei de Drogas estabelecido parâmetros objetivos para que seja aplicada a fração do redutor previsto na causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006), entre 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços), deve o julgador defini-la, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

IV - Revela-se acertada a consideração da quantidade e natureza da droga apreendida - 5,2 kg (cinco quilos e duzentas gramas) de cocaína -, para fins de aferição do percentual da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas.

Precedentes.

V - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

V - Agravo Regimental conhecido em parte e desprovido.

(AgRg no REsp 1206455/AC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 29/08/2014)

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao agravo regimental a fim de aplicar a causa de diminuição da pena do § 4º, art. 33, da Lei 11.343/06, na fração de 1/3 (um terço), reduzindo a reprimenda para **3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa**, mantidos os demais termos da decisão impugnada.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0125342-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 295.584 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00039035020108260048 0480120100039030 2712010 39035020108260048
480120100039030 48672010

EM MESA

JULGADO: 12/02/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MOISES DE MORAES SANTANA
ADVOGADO : MOISÉS DE MORAES SANTANA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOANA LOPES DUQUE (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOANA LOPES DUQUE (PRESO)
ADVOGADO : MOISÉS DE MORAES SANTANA

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, deu parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator"

Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.