



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 393.894 - SP (2017/0069274-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : JONATHAN DE OLIVEIRA FRANCA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/3. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAR A QUANTIDADE DAS DROGAS PARA ARBITRAR O *QUANTUM* DA FRAÇÃO REDUTORA. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL. REGIME INTERMEDIÁRIO. QUANTIDADE DA DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Como cediço, a quantidade, a natureza e a variedades das drogas podem ser utilizadas como elementos norteadores para embasar o percentual de redução nos casos de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado. No caso, 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, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e diversidade das drogas apreendidas.

2. Quanto ao regime, não há se falar em regime aberto, tendo em vista que, não obstante o paciente ser primário e a pena ter sido arbitrada em patamar inferior a 4 anos, houve fundamentação do Tribunal local para fixar o regime mais gravoso que a pena arbitrada - a quantidade de drogas.

3. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto as circunstâncias do caso concreto - quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos (cocaína, maconha, crack) - não recomendam a substituição.

4. Agravo regimental não provido.

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 19 de abril de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 393.894 - SP (2017/0069274-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : JONATHAN DE OLIVEIRA FRANCA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto pelo DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão que não conheceu o *habeas corpus*, mas concedeu a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto (fls. 74/82).

Consta dos autos que o paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11343/2006 (fls. 19/28).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido pelo Tribunal *a quo*, para reduzir as penas para 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 333 dias-multa, conforme acórdão juntado às fls. 11/18.

Na presente impetração (fls. 1/10), a defesa sustentou haver constrangimento ilegal na dosimetria da pena realizada pelas instâncias ordinárias, ao fundamento de que o paciente faz jus à aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, porquanto estão presentes todos os requisitos para a incidência da benesse, uma vez que *ou a pessoa preenche os requisitos para a aplicação do previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, e deve tê-lo aplicado no patamar máximo, ou não preenche e não tem sua pena reduzida* (fl. 4).

Aduziu, ainda, que *a observância da lei determina que a circunstância da quantidade de entorpecente apreendido seja considerada na PRIMEIRA FASE da dosimetria da pena (nos termos do art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06) e tivesse a lei sido observada pelo Tribunal a quo, mantendo-se o entendimento correto do julgador de 1ª instância, a exasperação promovida na pena base em razão da quantidade de entorpecente apreendido seria compensada pelas atenuantes reconhecidas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na segunda fase da dosimetria (menoridade relativa e confissão) (fl. 5).

Apontou a defesa, ademais, uma vez reduzida a pena, ser cabível a fixação de regime inicial aberto, nos termos do disposto no art. 33 do Código Penal, bem como afirmou que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, a permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Diante disso, pediu, liminarmente e no mérito, que fosse aplicado o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo, fixado o regime inicial mais brando e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi deferido em parte, às fls. 37/40, para assegurar ao paciente o direito de aguardar no regime semiaberto o julgamento do *habeas corpus*.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 66/71, pela concessão da ordem para reconhecer a ocorrência de *bis in idem*.

Em decisão acostada às fls. 171/182, este Relator concedeu a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto.

No presente agravo (fls. 98/103), a Defensoria Pública afirma que o paciente faz jus a aplicação da redutora no patamar máximo de 2/3, sustentando que a natureza e quantidade das drogas apreendidas não devem ser levadas em consideração na terceira fase para arbitrar o patamar da fração, devendo ser consideradas apenas na primeira etapa.

Assevera, ainda que, tendo em vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal e a pena ter ficado em *quantum* inferior a 4 anos, resta cabível o regime aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva 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 393.894 - SP (2017/0069274-4)

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.

Isso porque, como cediço, a quantidade, natureza e variedade das drogas podem ser utilizadas como elementos norteadores para embasar o percentual de redução nos casos de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, destaco:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. , na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - In casu, o eg. Tribunal de origem, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, para afastar o privilégio considerou, além das informações relatadas pelos policiais e as circunstâncias da prisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do paciente, a quantidade de drogas apreendidas, quais sejam, 0,64 g (sessenta e quatro centigramas) de cocaína e 154,24g (cento e cinquenta e quatro gramas e vinte e quatro centigramas) de maconha, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do writ. Precedentes. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 415.973/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 06/04/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. APLICAÇÃO EM 2/3. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS NÃO CONSIDERÁVEL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEP. ERESP 1.619.087/SC. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência desta Corte superior.

2. **Constituindo a quantidade de droga elemento norteador na fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, o volume pouco expressivo de entorpecente autoriza a aplicação do redutor em seu grau máximo.**

3. Consoante o entendimento firmado pelo STJ, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo quanto o indeferimento da substituição das penas, desde que o volume não seja considerado inexpressivo.

4. Assim, tratando-se de réu primário, com pena-base fixada no mínimo, a apreensão de quantidade não considerável de entorpecentes não constitui elemento apto a justificar a imposição do regime prisional mais severo ou o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ressalvada compreensão pessoal diversa, a Terceira Seção, no julgamento do EResp 1.619.087/SC, adotou orientação quanto à impossibilidade de execução provisória de pena restritiva de direitos.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 407.757/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, o Tribunal local fixou a redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar mínimo de 1/3 tendo em vista a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas – 434,2g de maconha, 2,8g de *crack* e 37g de cocaína (fl. 17). Assim, não verifico constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena em 1/3, em prestígio à discricionariedade do julgador, que fundamentou concretamente a escolha desse percentual, ao sopesar a quantidade das drogas apreendidas.

Quanto ao regime, não há se falar em regime aberto, tendo em vista que houve fundamentação do Tribunal local para fixar o regime mais gravoso que a pena a arbitrada - a quantidade de drogas (fl. 17).

Ademais, embora o paciente seja primário e a condenação não supere 4 anos de reclusão, o fato de a fração não ter sido aplicada no patamar máximo também justifica o regime semiaberto.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/2. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME PRISIONAL. PACIENTE PRIMÁRIO CONDENADO A PENA INFERIOR A 4 ANOS E REDUTORA NÃO APLICADA NO MÁXIMO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

6. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena, pois a quantidade e diversidade das drogas foram sopesadas negativamente na terceira fase da dosimetria.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto.

(HC 405.550/SP, minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017)

Por fim, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preenchendo, portanto, o requisito objetivo para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, as circunstâncias do caso, quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos – cocaína, maconha, crack – não recomendam a substituição.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015). 3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus. 4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. 5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto. 6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal. 7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014). 8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015).

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0069274-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 393.894 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00134694020158260309 134694020158260309 20160000701557

EM MESA

JULGADO: 19/04/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP166669
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN DE OLIVEIRA FRANCA (PRESO)

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 : JONATHAN DE OLIVEIRA FRANCA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA 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.