

27/03/2018

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 152.037 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S) : JOSIAS ALVES DOS SANTOS
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA

Agravo regimental em recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). Condenação. Pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime semiaberto. Pretendida aplicação do redutor de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no grau máximo - 2/3 (dois terços). Descabimento. Fração de 1/3 (um terço) devidamente justificada na gravidade da conduta, evidenciada pela natureza e pela quantidade de droga apreendida (29 pedras de crack). Regime intermediário. Motivação idônea. Observância do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal e do que art. 42 da Lei nº 11.343/06. Regimental não provido.

1. Justificada, na espécie, a aplicação do redutor de pena descrito no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 na fração de 1/3, diante da gravidade concreta da infração, evidenciada pela natureza e pela quantidade de droga apreendida (29 pedras de crack).

2. Está sedimentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que o regime inicial de cumprimento de pena deve observar o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, e no art. 42 da Lei nº 11.343/06, que expressamente remetem às circunstâncias do crime (art. 59, CP) e à natureza e à quantidade da droga. Por esse contexto, não há constrangimento ilegal na valoração negativa desses mesmos vetores na fixação da pena e na imposição do regime prisional mais gravoso (*v.g.* HC nº 132.904/MS, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 11/10/16).

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

RHC 152037 AGR / SC

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 27 de março de 2018.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

27/03/2018

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 152.037 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S) : JOSIAS ALVES DOS SANTOS
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Recurso ordinário em **habeas corpus**, com pedido de liminar, interposto por Josias Alves dos Santos, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC nº 413.085/SC, Relator o Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**.

Sustentou o recorrente que, condenado como incurso nas sanções ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, foi-lhe imposto o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, tendo sido, ainda, negada a substituição dessa pena por pena restritiva de direitos.

Segundo a defesa,

“a fundamentação exarada pelo TJSC é manifestamente ilegal, haja vista que fixa o regime semiaberto com base na gravidade abstrata do delito.

Ora, o próprio TJSC assinalou que as circunstâncias judiciais do art. 59, CP, são favoráveis e que a quantidade da droga é inexpressiva, e, ainda assim, fixou regime mais gravoso ao réu com base unicamente na gravidade abstrata do delito.

(...)

No caso, o regime inicial deverá ser equivalente ao *quantum* de pena fixado. Com efeito, não há fatores outros, diversos do *quantum* de pena, que possam interferir no regime inicial.

RHC 152037 AGR / SC

Por outro lado, a natureza e a quantidade da droga constituem circunstâncias previstas no art. 42 da Lei 11.343/06, que devem preponderar sobre aquelas previstas no art. 59 do Código Penal. Não estão propriamente previstas no art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, considerá-las para recrudescer o regime inicial viola frontalmente o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal”.

Asseverou de outra parte, que

“[o] juízo *a quo* fixou a causa de diminuição na fração de 1/6 (mínimo legal) da pena sem fundamentação idônea. Da mesma forma, o TJSC, em sede de apelação, manteve a fixação da causa de diminuição no patamar mínimo.

Como fundamento para a diminuição mínima, utilizou-se a qualidade da droga (crack). Porém, desconsiderou-se a quantidade ínfima da droga, isto é, 4,6g de crack. A rigor, não se deve analisar somente a qualidade da droga para definir a fração utilizada na redução da pena; na realidade, faz-se mister analisar, também, a quantidade da droga para se definir o quantum de redução da pena”.

Afirmou, ainda, que as instâncias de origem teriam incorrido em **bis in idem** ao utilizarem a quantidade e a natureza da droga tanto para determinar a fração da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 quanto para fixar o regime inicial para o cumprimento da pena.

Defendeu, por fim, a possibilidade de substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos, na medida em que atendidos os requisitos objetivos e subjetivos para tanto.

Requeru, liminarmente, a concessão da ordem para que fosse reconhecida a causa de diminuição de pena elencada no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo, bem como fosse fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da pena e reconhecida a hipótese de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

RHC 152037 AGR / SC

Em 19/2/18, nos termos do art.192, **caput**, c/c o art. 312, **caput**, ambos do Regimento Interno da Corte, neguei provimento ao recurso ordinário.

Contra essa decisão a defesa interpõe, tempestivamente, o presente agravo regimental, no qual questiona os fundamentos da decisão agravada, reiterando, ademais, os argumentos suscitados no bojo do recurso ordinário.

Argumenta, ademais, que

“[o] binômio natureza/quantidade deve ser analisado, necessariamente, em conjunto. A quantidade da droga apreendida deve igualmente ser levada em consideração na dosimetria da pena e, acaso seja pequena, contraindica o agravamento da reprimenda”.

É o relatório.

27/03/2018

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 152.037 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Razão não assiste ao agravante.

Consoante consignado na decisão agravada, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC nº 413.085/SC, não reflete flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, já que alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Vide:**

“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 INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NOCIDIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MANUTENÇÃO. NOCIDIDADE DA DROGA QUE APONTA A GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual

RHC 152037 AGR / SC

coação ilegal.

– 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 repressão do delito, ante a sua gravidade concreta, evidenciada esta última pela quantidade e nocividade do entorpecente apreendido (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.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

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

– No caso, inexistente coação ilegal a ser sanada, pois, embora o paciente seja primário e a pena de 3 anos e 4 meses de reclusão comporte, em princípio, o regime inicial aberto, o regime intermediário foi fixado com base na gravidade concreta do delito, evidenciada pela elevada nocividade da droga apreendida (crack), elemento que, inclusive, justificou a escolha da fração redutora de 1/3 pelo tráfico privilegiado. Inteligência dos art. 33, § 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– No que tange à possibilidade de substituição da pena

RHC 152037 AGR / SC

privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

– Na espécie, embora adimplido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP, a nocividade do entorpecente apreendido (crack) não recomenda a substituição, nos termos do inciso III do art. 44 do CP. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido” (fls. 428/429 e-STJ).

Como visto, a decisão emanada daquela Corte se encontra suficientemente motivada, restando justificado o convencimento formado.

Reitero, do voto condutor do acórdão em debate, no que se refere à causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º Lei de Drogas), que o Tribunal de Justiça estadual reconheceu que,

“[e]mbora a concessão, quando satisfeitos os pressupostos legais, seja direito subjetivo do réu, a determinação do seu *quantum* é relegada à discricionariedade motivada do Magistrado, que adequa o percentual às peculiaridades do caso em análise. Para tal fim, o julgador deve considerar a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, além de outros elementos que deem conta da dimensão da mercância praticada e da lesão ao bem juridicamente tutelado.

Ainda que se verifique que o apelante possa fazer jus ao benefício, é condizente a mensuração no patamar mínimo com a situação evidenciada nos autos, pois este guardava ou tinha em depósito 29 (vinte e nove) pedras de crack, drogas de alto poder deletério e que, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, merece ser coibida com maior rigor.

Vale notar que a consideração desses elementos para o estabelecimento do *quantum* de redução, dos quais se destacam as circunstâncias privilegiadas pelo legislador no art. 42 da Lei

RHC 152037 AGR / SC

de Drogas, serve, por essência, como medida da narcotraficância promovida pelo agente, uma vez que essa causa especial de diminuição de pena visa 'evitar uma padronização severa e com o intuito de diferenciar o grande do pequeno traficante' (MENDONÇA, Andrey Borges de. CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de drogas: Lei 11.343/06, de 23 de agosto de 2006 - Comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008. p. 111).

Nesse sentido, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça in HC 386.049/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16.05.2017, DJe 19.05.2017: (...)

Logo, a fração intermediária de 1/3 (um terço) revela-se bem benéfica ao apelante, uma vez que a droga encontrada consigo possui alto poder viciante, ao passo que inviável acolher o pedido de aplicação da redutora em patamar máximo".

Com efeito, como bem assentou o Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**,

"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.

Por outro lado, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, 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.

Na espécie, observa-se que o Tribunal de origem reconheceu o tráfico privilegiado em favor do paciente, mas,

RHC 152037 AGR / SC

diante da quantidade e da natureza altamente nociva da droga apreendida (29 pedras de crack) entendeu que a fração redutora de 1/3 é a que mais se amolda à hipótese, não havendo, portanto, que se falar em coação ilegal, pois houve fundamentação concreta e em consonância à jurisprudência desta Corte”.

Portanto, está justificada na espécie a aplicação do redutor de pena descrito no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 na fração de 1/3, diante da gravidade concreta da infração, evidenciada pela natureza e pela quantidade de droga apreendida (29 pedras de crack). Nesse sentido:

“Recurso ordinário em habeas corpus. Penal. Tráfico internacional de drogas (art. 33 c/c o art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06). Dosimetria da pena. Natureza e quantidade da droga. Valoração como circunstâncias desfavoráveis. Majoração da pena-base (4 kg de cocaína) acima do mínimo legal. Admissibilidade. Inteligência do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade de se ponderar, na via do habeas corpus, se aquela quantidade seria ou não suficiente para a majoração da pena no patamar eleito. Precedentes. Pretendida aplicação, em seu grau máximo, do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Descabimento. Redução, no piso de 1/6 (um sexto), que se amparou na gravidade concreta da infração. Recorrente flagrada na posse de 4 kg de cocaína, na iminência de embarcar em voo para a Tanzânia. Precedentes. Prejudicialidade da pretendida substituição da pena privativa em face de expressa vedação legal (CP, art. 44, inciso I). Recurso não provido.

(...)

3. Justifica-se a aplicação, no grau mínimo (1/6), do redutor de pena descrito no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diante da gravidade concreta da infração, evidenciada pela apreensão de 4 kg de cocaína em poder da recorrente, detida na iminência de embarcar em voo para a Tanzânia. Inviabilidade, outrossim, da utilização do *habeas corpus* para se revolver o

RHC 152037 AGR / SC

contexto fático-probatório e glosar os elementos de prova em que se amparou a instância ordinária. Precedentes. 4. A quantidade de pena privativa de liberdade imposta à recorrente torna prejudicada a pretendida substituição dessa por pena restritiva de direitos, em razão de expressa vedação legal (CP, art. 44, inciso I). 5. Recurso ordinário ao qual se nega provimento” (RHC nº 132.860/SP, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 30/5/16).

Ademais, está sedimentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o regime inicial de cumprimento de pena deve observar o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, e no art. 42 da Lei nº 11.343/06, que expressamente remetem às circunstâncias do crime (art. 59, CP) e à natureza e à quantidade da droga. Por esse contexto, não há constrangimento ilegal na valoração negativa desses mesmos vetores na fixação da pena e na imposição do regime prisional mais gravoso (*v.g.* HC nº 132.904/MS, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 11/10/16).

Perfilhando esse entendimento,

“independentemente do momento em que os vetores referentes à quantidade e à natureza da droga forem utilizados para dosar a reprimenda (na pena-base ou na escolha da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006), tais circunstâncias revelam-se idôneas para imprimir maior rigor na seleção do regime prisional, dado o óbice intransponível ao julgador de considerá-los de forma cumulativa (HC 112.776/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, Dje 30/10/2014). 3. No caso, a imposição do regime prisional inicial foi motivada pelo volume e pela variedade de drogas apreendidas, circunstâncias igualmente sopesadas negativamente quando da dosagem da fração da minorante prevista do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06” (HC nº 136.818/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 13/12/16);

“A teor das normas de regência, além da quantidade de

RHC 152037 AgR / SC

pena, a fixação do regime inicial deve observar as circunstâncias sopesadas no desenrolar da dosimetria da pena, notadamente, na hipótese de tráfico de drogas, a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos” (HC nº 140.720/AM, Segunda Turma, Relator o Ministro **Edson Fachin**, DJe de 2/6/17).

Ressalte-se, ainda, que segundo o entendimento da Corte, “é possível que o juiz fixe o regime inicial [mais gravoso] e afaste a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com **base na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido**” (ARE nº 967.003-AgR/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 9/8/16).

Ante o exposto, sendo os argumentos do agravante insuficientes para modificar a decisão ora agravada, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 152.037

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) : JOSIAS ALVES DOS SANTOS

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Presidência do Ministro Edson Fachin. **2ª Turma**, 27.3.2018.

Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira
Secretária