

**HABEAS CORPUS Nº 501.260 - MG (2019/0088727-9)**

**RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE : BRUNA CARVALHO DE MAGALHAES E OUTRO**  
**ADVOGADOS : CLAUDINEZ GUIMARÃES DE OLIVEIRA - MG097300**  
**BRUNA CARVALHO DE MAGALHAES - MG183724**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**PACIENTE : FERNANDO DA SILVA FRANCA JUNIOR**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de FERNANDO DA SILVA FRANCA JUNIOR contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na Apelação n. 1.0024.17.054224-5/001.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 1.117 (mil cento e dezessete) dias-multa, pela prática dos delitos previstos no art. 33, § 4º, e art. 35, ambos da Lei de Drogas, na forma do art. 69 do Código Penal, porque estava associado para a prática do crime de tráfico de drogas e mantinha sob sua guarda, para fins de comércio ilícito, 81 (oitenta e um) "tabletes" e 2 (duas) porções de maconha, com peso total de 48.570g.

Inconformada, a defesa interpôs apelação, e teve o seu recurso parcialmente provido para absolver o paciente quanto ao crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006. A condenação pelo delito do art. 33, § 4º, da mesma Lei, foi mantida, com redução da reprimenda para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, com determinação de início da execução provisória da pena (e-STJ fls. 33-53).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (e-STJ fls. 54-62).

Neste *writ*, os impetrantes alegam, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que houve *reformatio in pejus* no julgamento do recurso de apelação da defesa.

Afirmam que o Tribunal de origem, ao afastar a condenação pelo crime do art. 35 da Lei de Drogas e redimensionar a pena do delito previsto no art. 33, § 4º, da mesma norma, estabeleceu o regime inicial fechado, a despeito de ter sido fixado na sentença o modo semiaberto e não ter havido recurso da acusação no ponto.

Aduzem, outrossim, que o paciente faz jus à aplicação da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas em maior amplitude, em razão de sua primariedade e seus bons antecedentes.

Requerem, ao final, a concessão sumária e definitiva da ordem constitucional para que seja restabelecido o regime inicial semiaberto e aplicado o redutor do tráfico privilegiado em maior fração ou, subsidiariamente, seja determinada a suspensão do mandato de prisão até análise do recurso especial.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 86-87).

Informações prestadas (e-STJ fls. 90-128 e 130-133).

Às e-STJ fls. 136-143, comunica-se a concessão parcial de liminar pelo Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, a fim de fixar o regime semiaberto até o julgamento do mérito da impetração.

Em parecer (e-STJ fls. 146-151), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem de *habeas corpus*, apenas para restabelecer o regime semiaberto imposto na sentença.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere à aplicação da minorante do tráfico privilegiado, constata-se que ao analisar o recurso de apelação, o Tribunal de origem manteve a fração redutora de 1/6 (um sexto) estabelecida na sentença, conforme os seguintes excertos do acórdão combatido (e-STJ fl. 51):

*"Na terceira fase, reconhecida a causa de diminuição disposta no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, mantenho a fração de 1/6 fixada em sede de sentença. Isto porque, a meu ver, tendo em vista a considerável quantidade de droga apreendida (48.570g de maconha) sequer deveria ter sido concedida a benesse, pelo que com menos razão se faz o aumento da fração de redução a ela referente. Assim, mantenho a pena definitiva em desfavor da ré em 04 anos e 02 meses de reclusão e pagamento de 417 dias-multa, mantido o valor unitário mínimo.  
[...]"*

**Quanto ao réu Fernando da Silva França Júnior:**

*Na primeira fase, verifica-se que a pena-base já foi fixada no mínimo cominado em Lei - 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, à razão mínima -, pelo que não há qualquer alteração a ser feita em se tratando de recurso exclusivos da defesa.*

*Na segunda etapa, ausentes atenuantes e/ou agravantes, fica a pena provisória mantida no patamar supra.*

*Na terceira etapa, valendo-me dos mesmos argumentos expostos em relação à correção, considerando que o réu já fora indevidamente beneficiado, a meu entender, pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, mantenho a fração de redução mínima, mantendo, via de consequência, a pena definitiva em 04 anos e 02 meses de reclusão e pagamento de 417 dias-multa, à razão mínima." (grifei)*

Quanto à dosimetria da pena, esta Corte Superior entende que, nos crimes previstos na Lei de Drogas, o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância

entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, conforme o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *verbis*:

*"Art. 42. 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, a personalidade e a conduta social do agente."*

Entende este Sodalício que as circunstâncias acima mencionadas não podem ser sopesadas, concomitantemente, na primeira fase da dosimetria, justificando a elevação da pena-base, e na terceira fase da aplicação da pena, sob pena de configurar-se o vedado *bis in idem*.

Em que pese o impedimento de consideração concomitante das circunstâncias inerentes às substâncias apreendidas, inexistente impedimento para considerar-se, no crime de tráfico de drogas privilegiado, a quantidade e a natureza da droga para limitar a aplicação da fração redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, inexistindo, desse modo, óbice para sua incidência na terceira fase da dosimetria, desde que o mencionado critério não tenha sido mencionado na fixação da sanção básica, como ocorreu na hipótese.

A propósito:

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.

(AgRg no HC 393.894/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 30/04/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FATOR DE DIMINUIÇÃO DA PENA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. SÚM. 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. *É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a quantidade e/ou a natureza da droga constituem vetoriais norteadoras da fixação do quantum de redução a ser aplicado no caso, nos termos do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, inexistindo, pois, constrangimento ilegal a ser sanado. Nesse sentido: AgRg no REsp n. 1340528/SC - 5ª T. - unânime - Rel. Min.*

*Jorge Mussi - DJe 11/6/2014; HC n. 259490/RJ - 6ª T. - unânime - Rel. Min. MARILZA MAYNARD (Des. convocada do TJSE) - DJe 18/6/2014; HC n. 292971/SP - 5ª T. - unânime - Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE - DJe 4/6/2014.*

2. *Desconstituir a conclusão a que chegou a instância ordinária no que tange ao quantum de redução mais adequado ao caso exige revisão de matéria fática, inviável nesta via. Aplicação do verbete n. 7 da Súmula do STJ. Precedentes.*

3. *Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no AREsp 956.766/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017)*

No tocante aos critérios para a escolha do patamar de diminuição, cumpre destacar que o legislador apontou apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para dirimir entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Disciplinando o tema, a doutrina e a jurisprudência firmaram o entendimento de que devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que: "*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, a personalidade e a conduta social do agente*".

Na hipótese, nota-se que o Tribunal *a quo* manteve a fração de 1/6 (um sexto) estabelecida na sentença, em razão da **considerável quantidade da droga apreendida ("48.570g de maconha")**.

Deste modo, vislumbra-se que o patamar de redução utilizado foi devidamente fundamentado, tendo em vista que o volume do entorpecente justifica a mitigação mínima, tornando-se inviável a reforma da fração aplicada.

Nesse sentido:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA PELA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA*

*DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO REDUTORA. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS.*

*FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL WRIT NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*III - Para a fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do quantum de diminuição.*

*IV - O eg. Tribunal de origem estabeleceu a fração de 1/6 (um sexto) fixada para a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, aduzindo que a fração esta justificada, especialmente, em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na fração escolhida a ensejar a concessão da ordem de ofício.*

*V - Na hipótese, a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos (maconha, LSD e Ecstasy) foram utilizadas como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.*

*VI - A manutenção da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos inviabiliza o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.*

*Habeas corpus não conhecido.*

*(HC 498.791/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 20/05/2019)*

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante*

*ilegalidade no ato judicial impugnado.*

2. *A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.*

3. *Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.*

4. *Hipótese na qual a Corte estadual, atenta às diretrizes do art.*

*42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas - 3 invólucros de crack (0,2g), 1 pedra bruta da mesma droga (5,4g), e ainda mais 23 papелotes da mesma substância (8,0g), 2 invólucros de cocaína (1,4g) e 1 invólucro da maconha (1,5g) -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/6, o que não se mostra desproporcional. Precedentes STJ e STF.*

5. *Aplicada a pena definitiva em 4 anos e 2 meses de reclusão, sendo primário o réu e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP.*

6. *É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.*

7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.*

*(HC 440.564/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)*

Em outra vertente, nota-se que o Tribunal estadual, ao julgar recurso de apelação exclusivo da defesa, estabeleceu o regime inicial **fechado** (e-STJ fl. 52), contrariando a sentença condenatória que havia fixado o modo inicial **semiaberto** (e-STJ fl. 31), em patente *reformatio in pejus*.

Assim, impõe-se o restabelecimento do regime inicial semiaberto imposto na sentença.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do writ, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para restabelecer o regime inicial semiaberto quanto ao paciente FERNANDO DA SILVA FRANCA JUNIOR, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 06 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi  
Relator