



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS N° 824906 - SP (2023/0171168-4)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE : REGINALDO BATISTA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO JAVAROTTI MACIEL - SP302973
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO MÁXIMA DO REDUTOR. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NOCIVIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. REGIME FECHADO COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - A Terceira Seção deste Sodalício firmou o entendimento de que, a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

III - Contudo, *"foi ressalvada a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena"* (AgRg no HC n. 742.250/SC, Sexta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 3/4/2023, grifei).

IV - Na presente hipótese, foram apreendidos com o paciente *"170 (cento e setenta) porções de maconha, 55 (cinquenta e cinco) invólucros contendo crack e 139 (cento, trinta e nove) cápsulas de cocaína, com peso líquido de 39,03g (trinta e nove gramas e três decigramas)"* (fl. 69). Como tal vetorial não foi considerada quando da fixação da pena-base, justifica a modulação da causa especial de

diminuição. Precedentes.

V - A quantidade dos entorpecentes apreendidos, foi utilizada 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 - Finalmente, esta Corte Superior de Justiça tem decidido, por outro lado, que a quantidade, variedade e a natureza das drogas apreendidas podem, associadas aos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

VII - **In casu**, a natureza, variedade e a quantidade de drogas apreendidas - *"170 (cento e setenta) porções de maconha, 55 (cinquenta e cinco) invólucros contendo crack e 139 (cento, trinta e nove) cápsulas de cocaína, com peso líquido de 39,03g (trinta e nove gramas e três decigramas)"* (fl. 69) - não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 22/08/2023 a 28/08/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 28 de agosto de 2023.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 824906 - SP (2023/0171168-4)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
AGRAVANTE : REGINALDO BATISTA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO JAVAROTTI MACIEL - SP302973
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO MÁXIMA DO REDUTOR. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NOCIVIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. REGIME FECHADO COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - A Terceira Seção deste Sodalício firmou o entendimento de que, a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

III - Contudo, *"foi ressalvada a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, neste último*

caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena" (AgRg no HC n. 742.250/SC, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 3/4/2023, grifei).

IV - Na presente hipótese, foram apreendidos com o paciente *"170 (cento e setenta) porções de maconha, 55 (cinquenta e cinco) invólucros contendo crack e 139 (cento, trinta e nove) cápsulas de cocaína, com peso líquido de 39,03g (trinta e nove gramas e três decigramas)"* (fl. 69). Como tal vetorial não foi considerada quando da fixação da pena-base, justifica a modulação da causa especial de diminuição. Precedentes.

V - A quantidade dos entorpecentes apreendidos, foi utilizada 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 - Finalmente, esta Corte Superior de Justiça tem decidido, por outro lado, que a quantidade, variedade e a natureza das drogas apreendidas podem, associadas aos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

VII - **In casu**, a natureza, variedade e a quantidade de drogas apreendidas - *"170 (cento e setenta) porções de maconha, 55 (cinquenta e cinco) invólucros contendo crack e 139 (cento, trinta e nove) cápsulas de cocaína, com peso líquido de 39,03g (trinta e nove gramas e três decigramas)"* (fl. 69) - não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por REGINALDO BATISTA DOS SANTOS contra decisão que concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus impetrado contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (fls. 142-145).

Depreende-se dos autos que o agravante foi condenado à pena de 1 ano e 8

meses de reclusão e 166 dias-multa, em regime inicial aberto, como incurso no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (fls. 35-48).

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial a fim de redimensionar a reprimenda do réu para 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 dias-multa (fls. 67-73).

No respectivo writ impetrado nesta Corte, a defesa apontou constrangimento ilegal, pois a minorante não foi aplicada em sua fração máxima.

Requeru, assim, a aplicação da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas em sua fração máxima, com a fixação do regime prisional menos gravoso e a consequente substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos.

O habeas corpus foi **concedido** parcialmente, para redimensionar a reprimenda do paciente em 4 anos e 2 meses de reclusão e 416 dias-multa, bem como fixar o regime prisional semiaberto, para o início do cumprimento da pena (fls. 142-145).

No presente agravo, a defesa repisa os argumentos de mérito do habeas corpus, declarando a necessidade de aplicação do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei de Drogas em sua fração máxima, com a fixação do regime prisional menos gravoso e a consequente substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Requer a reconsideração do decisum agravado ou a submissão da irresignação ao Órgão Colegiado.

Por manter a decisão agravada, submeto o agravo regimental à apreciação da Quinta Turma.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, consigna-se que se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual conheço do presente agravo regimental.

Segundo o relatório, almeja a parte agravante a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu grau máximo, com a fixação do regime prisional menos gravoso, substituída a pena corporal por penas restritivas de direitos.

No tocante a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a Terceira Seção deste Sodalício firmou o entendimento de que, a quantidade de substância

entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Contudo, *"foi ressalvada a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena"* (AgRg no HC n. 742.250/SC, Sexta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 3/4/2023, grifei).

Na presente hipótese, foram apreendidos com o paciente *"170 (cento e setenta) porções de maconha, 55 (cinquenta e cinco) invólucros contendo crack e 139 (cento, trinta e nove) cápsulas de cocaína, com peso líquido de 39,03g (trinta e nove gramas e três decigramas)"* (fl. 69). Como tal vetorial não foi considerada quando da fixação da pena-base, justifica a modulação da causa especial de diminuição.

Nesse sentido: AgRg no AREsp n. 1.917.106/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 17/3/2023; EDcl no AgRg no HC n. 705.950/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), DJe de 20/6/2022 e AgRg no HC n. 739.812/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 30/5/2022.

De mais a mais, *"é pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo"* (HC n. 452.147/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 14/08/2018, grifei).

In casu, a quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes - *"170 (cento e setenta) porções de maconha, 55 (cinquenta e cinco) invólucros contendo crack e 139 (cento, trinta e nove) cápsulas de cocaína, com peso líquido de 39,03g (trinta e nove gramas e três decigramas)"* (fl. 69) - são elementos aptos a ensejar a aplicação do regime inicial semiaberto, 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. 11.343/2006. Confira-se: AgRg no HC n. 568.801/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 17/06/2020;

AgRg no HC n. 540.202/SP Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 14/02/2020; e RCD no HC n. 558.257/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 16/04/2020.

No que concerne à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas 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, através da Resolução n. 5/2012.

Assim, a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos pode ser estabelecida para o delito de tráfico de entorpecentes, mas, para tanto, é necessário que o acusado preencha os requisitos legais elencados no art. 44 do Código Penal.

Esta Corte Superior de Justiça tem decidido, por outro lado, que a quantidade, variedade e a natureza das drogas apreendidas podem, associadas aos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Na hipótese em análise, a natureza, variedade e a quantidade de drogas apreendidas - *"170 (cento e setenta) porções de maconha, 55 (cinquenta e cinco) invólucros contendo crack e 139 (cento, trinta e nove) cápsulas de cocaína, com peso líquido de 39,03g (trinta e nove gramas e três decigramas)"* (fl. 69) - não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela.

Nesse sentido: AgRg no HC n. 746.955/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), DJe de 15/8/2022; AgRg no AREsp n. 1.989.748/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 2/3/2022; AgRg no AgRg no AREsp n. 1.900.979/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 16/12/2021; AgRg no HC n. 625.376/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 2/3/2021; HC n. 521.122/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 7/10/2019; HC n. 447.285/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 2/10/2018.

Desta feita, observa-se que a parte agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 824.906 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0171168-4

Número de Origem:
15000650420198260535 20065942019

Sessão Virtual de 22/08/2023 a 28/08/2023

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO BATISTA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : BRUNO JAVAROTTI MACIEL - SP302973
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 : REGINALDO BATISTA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO JAVAROTTI MACIEL - SP302973
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 22/08/2023 a 28/08/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 29 de agosto de 2023