



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 736887 - SP (2022/0113667-6)

RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
AGRAVANTE : ANDERSON REGINALDO SANTANA BRAZ (PRESO)
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DILAÇÃO PROBATÓRIA INDISPENSÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO

1. O relator no STJ está autorizado a proferir decisão monocrática, que fica sujeita à apreciação do respectivo órgão colegiado mediante a interposição de agravo regimental, não havendo violação do princípio da colegialidade (arts. 932, III, do CPC e 34, XVIII, *a e b*, do RISTJ).

2. A impetração de *habeas corpus* após o trânsito em julgado da condenação e com a finalidade de reconhecimento de eventual ilegalidade na colheita de provas é indevida e tem feições de revisão criminal.

3. Ocorrendo o trânsito em julgado de decisão condenatória nas instâncias de origem, não é dado à parte optar pela impetração de *writ* no STJ, cuja competência prevista no art. 105, I, *e*, da Constituição Federal restringe-se ao processamento e julgamento de revisões criminais de seus próprios julgados.

4. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa

5. A tese firmada no REsp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534/SP, Terceira Seção do STJ).

6. Em *habeas corpus*, somente quando evidentes manifesta ilegalidade ou abuso de poder que possam ser aferidos de plano, sem necessidade de dilação probatória, é que se admite o acolhimento da pretensão de que seja alterada a fração de incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

7. Não há constrangimento ilegal se a fração da minorante observou o critério da proporcionalidade.

8. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de agosto de 2022.

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 736887 - SP (2022/0113667-6)

RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
AGRAVANTE : ANDERSON REGINALDO SANTANA BRAZ (PRESO)
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DILAÇÃO PROBATÓRIA INDISPENSÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO

1. O relator no STJ está autorizado a proferir decisão monocrática, que fica sujeita à apreciação do respectivo órgão colegiado mediante a interposição de agravo regimental, não havendo violação do princípio da colegialidade (arts. 932, III, do CPC e 34, XVIII, *a e b*, do RISTJ).

2. A impetração de *habeas corpus* após o trânsito em julgado da condenação e com a finalidade de reconhecimento de eventual ilegalidade na colheita de provas é indevida e tem feições de revisão criminal.

3. Ocorrendo o trânsito em julgado de decisão condenatória nas instâncias de origem, não é dado à parte optar pela impetração de *writ* no STJ, cuja competência prevista no art. 105, I, *e*, da Constituição Federal restringe-se ao processamento e julgamento de revisões criminais de seus próprios julgados.

4. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa

5. A tese firmada no REsp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534/SP, Terceira Seção do STJ).

6. Em *habeas corpus*, somente quando evidentes manifesta ilegalidade ou abuso de poder que possam ser aferidos de plano, sem necessidade de dilação probatória, é que se admite o acolhimento da pretensão de que seja alterada a fração de incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

7. Não há constrangimento ilegal se a fração da minorante observou o critério da proporcionalidade.

8. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

ANDERSON REGINALDO SANTANA BRAZ interpõe agravo regimental contra a decisão

de fls. 114-115, que não conheceu do *habeas corpus* impetrado em seu favor, em que fora apontado como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 1509277-29.2021.8.26.0228).

Em primeiro grau, o recorrente foi condenado às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão em regime aberto e de 250 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido aplicada a redutora do tráfico privilegiado na fração de 1/2.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso ministerial a fim de redimensionar a reprimenda para 4 anos e 2 meses de reclusão em regime inicial semiaberto e 416 dias-multa.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, ressaltando-se que a quantidade de drogas fora afastada para evitar *bis in idem*; mantida na segunda fase da dosimetria da pena; na terceira fase, foi modificada a fração da redução para 1/6, em razão da quantidade de droga apreendida (55 porções de maconha, pesando 48.200g).

A decisão agravada não conheceu do *writ* por ter o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorrido em data anterior à da impetração.

Nas razões do presente agravo, o recorrente alega que está configurada flagrante ilegalidade e reafirma que é primário, não se dedica ao tráfico e não integra organização criminosa, de modo que faz jus à incidência da fração de 2/3 no tocante à causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto a quantidade de droga apreendida não é elevada. Pugna, com a alteração da pena, pela alteração do regime inicial de cumprimento e pela substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do recurso para que a ordem seja concedida nos termos de seu pedido.

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada deve ser mantida.

A condenação sofrida pelo agravante é definitiva, pois, em consulta ao *site* do Tribunal de origem, verifica-se que o acórdão julgou a apelação em 13/4/2022 e transitou em julgado após o decurso do prazo para a interposição de recurso; o presente *writ*, porém, foi impetrado somente em 20/4/2022.

Observa-se ainda que não há, no STJ, julgamento de mérito passível de revisão criminal em relação a essa condenação.

Assim, ocorrendo o trânsito em julgado de decisão condenatória nas instâncias de origem, não é dado à parte optar pela impetração de *writ* nesta instância superior, uma vez que a competência do

STJ prevista no art. 105, I, *e*, da Constituição Federal restringe-se ao processamento e julgamento de revisões criminais de seus próprios julgados.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes: HC n. 602.425/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe de 6/4/2021; AgRg no HC n. 628.964/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 8/2/2021; AgRg no HC n. 521.849/SC, Sexta Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 19/8/2020; e AgRg no HC n. 632.467/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 18/12/2020.

No mesmo sentido, a orientação do STF: AgRg no HC n. 134.691/RJ, relator Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 1º/8/2018; AgRg no HC n. 149.653/SP, relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 6/2/2018; AgRg no HC n. 144.323/SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 30/8/2017; e HC n. 199.284/SP, relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 16/8/2021.

De toda sorte, não se verifica a ocorrência de flagrante ilegalidade que enseje a concessão de ofício da ordem de *habeas corpus*.

A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

Conforme a orientação jurisprudencial do STJ, o cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão por este Tribunal somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena (AgRg no AREsp n. 1.843.362/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 14/5/2021; HC n. 405.765/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 11/10/2017; e AgRg no HC n. 524.277/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 18/5/2020).

A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa (AgRg no HC n. 578.687/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 2/6/2020; e AgRg no HC n. 372.423/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 2/4/2019). Referidas condições devem ser cumpridas cumulativamente para fins de concessão do benefício.

No julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de minha relatoria, a Terceira Seção decidiu acerca das regras a serem observadas na dosimetria da pena, no que se refere à natureza e quantidade de drogas

apreendidas, nos termos assim sintetizados:

a) devem ser valoradas na primeira etapa da dosimetria da pena, pela necessidade de observância dos vetores indicados no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 como preponderantes;

b) supletivamente, podem ser utilizadas na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa;

c) não podem ser utilizadas para modular a fração de diminuição de pena.

Também ficou definido que quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não valoradas na primeira etapa, para fixação da pena-base, podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Todavia, em recente julgamento, a tese firmada em referido julgado foi flexibilizada para **admitir a utilização da quantidade e natureza das drogas para modulação da fração de redução na terceira fase da dosimetria, desde que não valoradas na fixação da pena-base** (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 27/4/2022, pendente de publicação).

Dessa forma, ficou mantido o posicionamento anterior de que a conclusão quanto à dedicação do agente às atividades criminosas voltadas ao tráfico de entorpecentes deve fundar-se em elementos concretos, não se admitindo que o afastamento do tráfico privilegiado seja baseado isoladamente na natureza, quantidade ou nocividade das drogas apreendidas.

Por sua vez, a *quantidade e/ou nocividade dos entorpecentes*, se não valoradas na primeira fase, passaram a ser admitidas, observando-se o princípio do *non bis in idem*, como critério para fixação da fração de incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. MODULAÇÃO DO *QUANTUM* DE DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL *A QUO* REFORMADO PARA SE FIXAR A FRAÇÃO DO REDUTOR EM 1/2 (METADE). MANUTENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, fixou orientação no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas não são circunstâncias que permitem aferir, por si sós, o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas, ou, ainda, justificar a modulação da fração desse benefício.

2. Deve ser preservado o entendimento da Terceira Seção no sentido de que a quantidade de entorpecente deve ser levada em consideração na primeira fase da dosimetria penal e não pode ser o único fundamento utilizado para negar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, podendo, no entanto, legitimar a modulação da fração, desde que já não tenha sido considerada na primeira etapa do cálculo da pena, conforme entendimento consolidado no julgamento

do HC n. 725.534/SP (Terceira Seção, rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 27/04/2022, acórdão pendente de publicação.) 3. Na hipótese dos autos, a expressiva quantidade de entorpecente apreendida, não valorada na primeira fase dosimétrica pelo Tribunal *a quo*, justifica a modulação da minorante, que deve incidir na fração de 1/2 (metade).

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 733.917/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 6/5/2022.)

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: REsp n. 1.926.249/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 16/5/2022; HC n. 716.487/SP, relator Ministro Reinaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 16/5/2022; HC n. 548.987/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 13/5/2022; HC n. 736.686/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 11/5/2022; REsp n. 1.188.016/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato, DJe de 10/5/2022; e AREsp n. 1.870.960/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 5/5/2022.

Nesse ponto, com ressalva de entendimento pessoal, acompanho a mais recente posição firmada pela Terceira Seção do STJ.

Embora as instâncias ordinárias tenham maior acesso para, a partir da análise de todo o contexto fático que envolve a conduta delituosa, com a eventual consideração de elementos que não podem ser originariamente valorados por esta Corte, definir, de modo mais adequado, a fração de redução da pena diante do reconhecimento do tráfico privilegiado, verificada a desproporcionalidade da fração aplicada, evidencia-se o constrangimento ilegal.

Destaque-se que o julgador deve levar em consideração, desde que não valoradas na primeira fase da dosimetria, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas, bem como as demais circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal.

Todavia, a revisão da dosimetria da pena pelo Superior Tribunal de Justiça só é admitida em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou de abuso de poder **que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória** (AgRg no REsp n. 1.492.977/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 24/3/2021; e AgRg no HC n. 644.934/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 15/3/2021).

No caso dos autos, o Tribunal de origem afastou da pena-base a valoração das drogas diante da vedação do *bis in idem* e modificou a fração do redutor para 1/6, fundando-se na nocividade do entorpecente apreendido **(55 porções de maconha, pesando 48.200g)**. Confira-se trecho do julgado (fl. 58, destaquei):

Na terceira fase, não obstante a considerável quantidade de entorpecente apreendido, exsurtem dos autos dúvidas acerca de possível dedicação do réu à atividade criminosa, ensejando a aplicação do redutor.

Contudo, observa-se a apreensão de 48 quilos de maconha (peso líquido), tendo a juíza a

quo aplicado o redutor à fração de metade, concluindo as penas em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

Embora não seja hipótese de exclusão da causa de diminuição, consoante acima justificado, parcial razão assiste ao Parquet quanto à incidência da benesse em grau ainda menos favorável, dada a quantidade de droga apreendida, revelando-se razoável a minoração das penas à fração mínima, de um sexto, tornando-as definitivas em 4 anos e 2 meses de reclusão e 416 dias-multa.

Ressalte-se que, em *habeas corpus*, somente quando evidentes manifesta ilegalidade ou abuso de poder **que possam ser aferidos de plano, sem necessidade de dilação probatória**, é que se admite o acolhimento da pretensão de que seja alterada a fração de incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no HC n. 679.278/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato, Quinta Turma, DJe de 20/09/2021; e AgRg no HC n. 615.972/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 17/02/2021).

No caso, considerando o quantitativo de droga apreendido (**55 porções de maconha, pesando 48.200g**), revela-se proporcional a fração fixada para minorar a pena do agravante na terceira fase da dosimetria, a saber, de 1/6, devendo ser afastado o suposto constrangimento ilegal.

Portanto, o agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar o *decisum* impugnado, que deve ser mantido.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0113667-6

**AgRg no
HC 736.887 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15092772920218260228 21037822021

EM MESA

JULGADO: 02/08/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON REGINALDO SANTANA BRAZ (PRESO)
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 : ANDERSON REGINALDO SANTANA BRAZ (PRESO)
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.