AgRg no HABEAS CORPUS Nº 631.949 - RS (2020/0328652-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MARINO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NILTON LEONEL ARNECKE MARIA - RS054268
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

2. Na hipótese, observa-se que a pena-base foi majorada em 6 meses de reclusão, tendo como fundamento a quantidade, a variedade e alta lesividade das drogas apreendidas (9,6g de *crack* e 6,4g de cocaína). Todavia, não sendo significativo o *quantum* de entorpecente e tendo em vista a análise favorável das demais circunstâncias judiciais, não se mostra adequado o aumento operado pela instância ordinária.

3. Estabelecida a pena em 5 anos de reclusão, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais e primário o paciente, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de fevereiro de 2021 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 631.949 - RS (2020/0328652-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MARINO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NILTON LEONEL ARNECKE MARIA - RS054268
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra a decisão que concedeu a ordem, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal, redimensionando a pena do paciente para 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

Neste agravo regimental, pugna o agravante pela reconsideração do *decisum*, sob argumentação de que "não há como conceber que 32 (trinta e duas) buchas de cocaína e 96 (noventa e seis) petecas de crack porções de cocaína, entorpecente de alta nocividade, seja quantidade irrisória e irrelevante de drogas".

Sustenta, ademais, que "as circunstâncias em que foi cometido o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a variedade das drogas e o fato do paciente responder a outra ação por organização criminosa armada, no presente caso, indicam não ser socialmente recomendável a fixação de regime semiaberto para o agravado".

Postula, ao final, o provimento do agravo, a fim de que seja restabelecida a pena-base fixada pelo Tribunal estadual, bem como para que seja imposto o regime fechado para o cumprimento da reprimenda.

É o relatório.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 631.949 - RS (2020/0328652-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MARINO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NILTON LEONEL ARNECKE MARIA - RS054268
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

2. Na hipótese, observa-se que a pena-base foi majorada em 6 meses de reclusão, tendo como fundamento a quantidade, a variedade e alta lesividade das drogas apreendidas (9,6g de *crack* e 6,4g de cocaína). Todavia, não sendo significativo o *quantum* de entorpecente e tendo em vista a análise favorável das demais circunstâncias judiciais, não se mostra adequado o aumento operado pela instância ordinária.

3. Estabelecida a pena em 5 anos de reclusão, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais e primário o paciente, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

O recurso não comporta provimento, pois a decisão, a seguir transcrita, está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Vejamos:

> "Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.
> Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.
> A Corte estadual exasperou a pena-base nos seguintes termos:
>
> > "Diante do exposto, excluindo-se a causa de redução, a pena-base vai redimensionada para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em face da quantidade, variedade e alta lesividade dos narcóticos (32 buchas de cocaína, pesando 6,4g e 96 petecas de crack, pesando cerca de 9,6g"), os quais imprimem maior gravidade à conduta praticada, interpretação que encontra amparo no disposto no art. 42 da Lei de Drogas, face a maior reprovabilidade da conduta ilícita."
>
> Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.
> Na hipótese, observa-se que a pena-base foi majorada em 6 meses de reclusão, tendo como fundamento a quantidade, variedade e alta lesividade das drogas apreendidas (9,6g de crack e 6,4g de cocaína). Todavia, sendo ínfimo o quantum de entorpecente e tendo em vista a análise favorável das demais circunstâncias judiciais, não se mostra adequado o aumento operado pela instância ordinária.
> Em decisões similares, este Superior Tribunal de Justiça já procedeu ao redimensionamento da pena-base reconhecendo a desproporcionalidade no agravamento da pena.
> Vejamos:
>
> > "[...] DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE.AUMENTO DESPROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> > 1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente,

consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.
2. Na espécie, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade dos estupefacientes apreendidos, encontra-se devidamente justificada, contudo, em quantum desproporcional, impondo-se o redimensionamento.
3. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício tão-somente para redimensionar a pena-base imposta."
(AgRg no AREsp 936.212/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 30/8/2017)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. AUMENTO DE 2/5. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
[...] 2. A viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de habeas corpus, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, desproporcionalidade no quantum ou erro na aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.
3. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas foram os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aumentar a pena-base. Não obstante esse argumento se preste a exasperar a pena-base, o aumento não pode ser desarrazoado, há que se guardar proporcionalidade entre a quantidade e o quantum de aumento. No caso, pode-se dizer que a majoração da pena-base foi desproporcional.
4. Em relação ao regime, não obstante o redimensionamento da pena, esta continuou no patamar superior a 4 anos, com a pena-base arbitrada acima do mínimo legal, não havendo que se falar em outro regime senão o fechado, nos termos do art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal".
5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.
(HC 377.445/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 27/3/2017)

[...]

Passo ao redimensionamento da pena:

Fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa. Na segunda fase, não houve reconhecimento de circunstâncias atenuantes ou agravantes, mantendo-se, portanto, no mesmo patamar. Na última etapa, não preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, resulta definitiva em 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa.

O regime prisional também merece alteração.

Estabelecida a pena em 5 anos de reclusão, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais e primário o paciente, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, sobretudo porque não significativa quantidade de droga apreendida (6,4g de cocaína e 9,6g de crack).

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.

CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N.º 11.343/06. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. COMPROVAÇÃO DE MERCANCIA NO REFERIDO LOCAL. DESNECESSIDADE. PROXIMIDADE. SUFICIÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]4. A Corte de origem não logrou motivar de maneira idônea a imposição do regime inicial fechado, porquanto não declinou motivação suficiente para o regime inicial mais gravoso. Ora, fixada a pena-base no mínimo legal, sendo a reprimenda final 5 anos e 10 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

5. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta ao paciente."

(HC 401.235/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 13/10/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]- 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 necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Hipótese em que as instâncias ordinárias não apresentaram fundamentação concreta acerca da necessidade do regime mais gravoso, destacando, apenas, a gravidade abstrata do delito, o que configura constrangimento ilegal. Assim, embora o caso em questão envolva o tráfico de droga nociva (cocaína), a pequena quantidade

> apreendida, a análise favorável dos vetores do art. 59 do CP e o fato de a pena aplicada ser superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, resta cabível o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.
>
> - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena do paciente para o inicial semiaberto.
>
> (HC 413.244/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 16/10/2017).

> Ante o exposto, não conheço do habeas corpus. Todavia, concedo a ordem, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal, redimensionando a pena do paciente para 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva."

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo.
É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0328652-2

AgRg no HC 631.949 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00026723420188210064 00026723420188210084 02092520920188217000 03117262420198217000 08421800009691 15191920181240 20925209201882170 00 26723420188210064 26723420188210084 31172624201982170 00 70083398172 8421800009691

EM MESA

JULGADO: 09/02/2021

Relator
Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
		NILTON LEONEL ARNECKE MARIA - RS054268
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	MARINO DA SILVA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MARINO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
		NILTON LEONEL ARNECKE MARIA - RS054268
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.