



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 862170 - SP (2023/0377347-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AGRAVADO : **JURANDIR MACHADO DA SILVA (PRESO)**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - DEFENSOR PÚBLICO
- SP295476
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LATROCÍNIO. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. DECOTE DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 28, DA LEI N. 11.343/2006. ADOÇÃO DE NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. PRECEDENTES. NOVO CÁLCULO DOSIMÉTRICO OPERADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

2. Ademais, a legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável, tampouco em virtude de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, elegendo a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado.

3. O entendimento firmado pela Corte estadual não está em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior, pois no julgamento do RE n. 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal consignou a natureza criminal da conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. No entanto, se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o condão de gerar reincidência (art. 63 do Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade, não deve gerar tal

efeito, haja vista ser punível com medidas muito mais brandas, como "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo". Precedentes.

4. Novo cálculo dosimétrico realizado, com o decote da agravante da reincidência, pela prática anterior de delito tipificado no art. 28, da LAD, ficando as reprimendas do paciente definitivamente estabilizadas em 44 anos de reclusão, e 22 dias-multa.

5. Por oportuno, ressalto que a mudança de entendimento jurisprudencial não se confunde com a alteração normativa, de modo que a aplicação de um novo posicionamento aos casos ocorridos anteriormente não representa afronta ao princípio da segurança jurídica, uma vez que a jurisprudência apenas interpreta norma previamente existente, não configurando a nova orientação jurisprudencial criação de regra inédita. Desse modo, não verifico ilegalidade na aplicação, excepcional, do novo entendimento jurisprudencial adotado por esta Corte de Justiça ao caso específico do paciente, mormente quando mais benéfico e principalmente, com elevado montante de pena. Precedentes.

6. Agravo regimental não provido.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de novembro de 2023.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 862170 - SP (2023/0377347-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AGRAVADO : **JURANDIR MACHADO DA SILVA (PRESO)**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - DEFENSOR PÚBLICO
- SP295476
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LATROCÍNIO. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. DECOTE DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 28, DA LEI N. 11.343/2006. ADOÇÃO DE NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. PRECEDENTES. NOVO CÁLCULO DOSIMÉTRICO OPERADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

2. Ademais, a legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável, tampouco em virtude de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, elegendo a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado.

3. O entendimento firmado pela Corte estadual não está em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior, pois no julgamento do RE n. 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal consignou a natureza criminal da conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. No entanto, se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o condão de gerar reincidência (art. 63 do Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade, não deve gerar tal

efeito, haja vista ser punível com medidas muito mais brandas, como "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo". Precedentes.

4. Novo cálculo dosimétrico realizado, com o decote da agravante da reincidência, pela prática anterior de delito tipificado no art. 28, da LAD, ficando as reprimendas do paciente definitivamente estabilizadas em 44 anos de reclusão, e 22 dias-multa.

5. Por oportuno, ressalto que a mudança de entendimento jurisprudencial não se confunde com a alteração normativa, de modo que a aplicação de um novo posicionamento aos casos ocorridos anteriormente não representa afronta ao princípio da segurança jurídica, uma vez que a jurisprudência apenas interpreta norma previamente existente, não configurando a nova orientação jurisprudencial criação de regra inédita. Desse modo, não verifico ilegalidade na aplicação, excepcional, do novo entendimento jurisprudencial adotado por esta Corte de Justiça ao caso específico do paciente, mormente quando mais benéfico e principalmente, com elevado montante de pena. Precedentes.

6. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO agrava regimentalmente contra decisão de minha Relatoria, na qual não conheci do *writ* porque substitutivo de recurso próprio. Não obstante isso, ao analisar os autos, concedi a ordem, *ex officio*, para fixar as sanções do paciente em 44 anos de reclusão, e 22 dias-multa, mantidos os demais termos de sua condenação. Determinei, também, decotada a reincidência do paciente, o afastamento de seus efeitos para todos os consectários legais.

Afirma o agravante, contudo, que a respeitável decisão merece ser reformada, porquanto *o presente habeas corpus foi ajuizado como sucedâneo de revisão criminal, visto que já ocorreu, há anos, o trânsito em julgado da condenação* (e-STJ, fl. 147).

Ademais, afirma que *o fundamento invocado não se subsume às hipóteses em que, depois do trânsito em julgado, pode-se proceder à revisão, conforme previsão do artigo 621 do Código de Processo Penal* (e-STJ, fl. 153), pois *in casu*, pretendeu-se simplesmente utilizar o *habeas corpus* como substitutivo de revisão criminal, [dando] a ele a possibilidade de atingir decisão já transitada em julgado, fora das hipóteses permitidas por lei (e-STJ, fl. 155).

Pugna, por isso, pela reconsideração do *decisum* ou pela submissão do feito ao órgão Colegiado, para que seja reformada a decisão agravada e revogada a ordem de *habeas corpus* concedida.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão combatida, razões pelas quais merece conhecimento. No entanto, não obstante os esforços do agravante, **não constato elementos suficientes para reconsiderar minha decisão**, cuja conclusão mantenho por seus próprios fundamentos.

Conforme relatado, buscava-se o redimensionamento das sanções do paciente, ante o decote de sua reincidência.

De início, ressaltei que a dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inseriam-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Ademais, observei que a legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável, tampouco em virtude de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, elegendo a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado.

Sob essas diretrizes, ao julgar o agravo interno e manter o apenamento do apelante, o Relator do voto condutor do acórdão consignou que (e-STJ, fls. 120/123, grifei):

[...]

Ainda que, de fato, a Lei nº 11.343/06 a tenha despenalizado, a conduta de posse ou porte de substância entorpecente para consumo pessoal, prevista em seu artigo 28, não foi por ela descriminalizada, razão pela qual os efeitos da condenação dos que nela incorrerem devem subsistir.

[...]

No caso, tendo em conta que o peticionário experimentou condenação definitiva anterior por tal prática, frisa-se, não abarcada pelo período depurador do artigo 64, inciso I, do Código Penal, a extirpação da reincidência é desiderato inalcançável pela via escolhida.

Vê-se, portanto, que nenhum fato novo foi trazido aos autos para que o veredito lançado fosse revisto por meio desta via excepcional.

Busca-se, na verdade, através da restrita via da ação revisional, que as questões trazidas à baila sejam reexaminadas por outro órgão julgador de mesma instância, o que não é possível ser feito.

[...]

Apenas para realçar o quanto decidido, o reconhecimento da reincidência estava em plena harmonia com a jurisprudência existente à época da prolação da r. sentença condenatória e do v. Acórdão vergastados, havendo, inclusive, manifestação dos E. Tribunais Superiores nesse mesmo sentido.

Confira-se, a respeito da matéria ora tratada: “Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar, em tese, reincidência” (STJ, AgRg no HC nº 475304/MG, jg. 12/03/2019).

[...]

Não se demonstrou, em absoluto, error in iudicando, mas somente o descontentamento com o desfecho do processo que respondeu o peticionário, e acabou condenado.

Pretende-se, portanto, por via oblíqua, a reabertura do debate sobre questões já superadas.

Pela leitura do recorte acima, verifiquei que o entendimento firmado pela Corte estadual não estava em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior, pois no julgamento do RE n. 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal consignou a natureza criminal da conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. No entanto, se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o condão de gerar reincidência (art. 63 do Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade, não deveria gerar tal efeito, haja vista ser punível com medidas muito mais brandas, como "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo".

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. 2. CONCESSÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS PARA AFASTAR DESVALOR ATRIBUÍDO A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E ALTERAR A FRAÇÃO DE EXASPERAÇÃO DA PENA PARA CADA VETORIAL SOPESADA. DOSIMETRIA DA PENA. CONDUTA SOCIAL NEGATIVAMENTE VALORADA COM FUNDAMENTO EM IRREGULARIDADES PERANTE O DETRAN E AÇÃO ANTERIOR POR POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. INIDONEIDADE. PARÂMETRO DE 1/6 (UM SEXTO) PARA CADA VETORIAL NEGATIVA. 3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

[...]

4. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem

ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

5. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. Precedentes.

6. No que concerne à vetorial conduta social, in casu, as instâncias ordinárias apontaram o fato de um dos recorrentes já haver respondido a ação penal anterior pelo delito de posse de substância entorpecente para consumo pessoal, na qual foi beneficiado pela transação penal, e de possuir "irregularidades perante o Detran" (e-STJ fl. 334) como justificativas para amparar a mensuração negativa da vetorial conduta social.

7. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do EARESP n. 1.311.636, firmou precedente segundo o qual as diversas condenações pretéritas devem ser atreladas apenas aos maus antecedentes, pois "constitui, no mínimo, uma atecnia entender que as condenações transitadas em julgado refletem negativamente na personalidade ou na conduta social do agente" (EAREsp 1311636/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/4/2019, DJe 26/4/2019).

8. Ademais, este Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que se revela desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28, da Lei n. 11.343/2006. Nesse contexto, se os efeitos da reincidência decorrentes de anterior condenação por posse de drogas para uso próprio devem ser afastados, com mais razão ainda os relativos aos maus antecedentes, à personalidade do agente e à conduta social, como na espécie. Precedentes.

[...]

10. A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça.

11. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro de 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ressalvada a apresentação de motivação concreta, suficiente e idônea que justifique a necessidade de elevação em patamar superior, o que não se verificou na espécie.

12. Agravo regimental não conhecido e concedida, de ofício, a ordem de habeas corpus, redimensionando as penas (AgRg no AREsp n. 1.679.045/AC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe 2/6/2020, grifei).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO PELO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. ELEMENTOS INIDÔNEOS. READEQUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. ACUSADO QUE NÃO

POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICAÇÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. As Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, têm decidido ser desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a infringência do referido dispositivo legal não acarreta a aplicação de pena privativa de liberdade e a sua constitucionalidade está sendo debatida no STF. Sob tal contexto, a Quinta Turma passou a adotar o entendimento de que a condenação anterior por posse de drogas para uso próprio, também, não pode ser utilizada para se aferir negativamente os maus antecedentes do réu. Precedente.

[...]

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal e fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução (HC n. 519.401/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 8/10/2019, DJe 14/10/2019, grifei).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE.

1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE nº 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

2. Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com 'advertência sobre os efeitos das drogas', 'prestação de serviços à comunidade' e 'medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo', mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas.

3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às

garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.

4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.

5. Recurso improvido (REsp n. 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 21/8/2018, DJe 30/8/2018, grifei).

Nesses termos, constatei o patente constrangimento ilegal apontado pela impetrante, de modo que a agravante da reincidência do paciente, por crime anterior previsto no art. 28, da LAD, deveria ser decotada.

Passei, então, ao novo cálculo dosimétrico, observando os parâmetros estabelecidos pelas instâncias de origem (e-STJ, fls. 31/32 e 62).

Na primeira fase, mantive a pena-base em 22 anos de reclusão, e 11 dias-multa; na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, as sanções permaneceram inalteradas. Na terceira fase, reconhecido o concurso formal impróprio, diante da ocorrência de duas mortes, aplicou-se o previsto no art. 70, in fine do CP, ficando as reprimendas do paciente definitivamente estabilizadas em 44 anos de reclusão, e 22 dias-multa.

Por oportuno, ressalto que a mudança de entendimento jurisprudencial não se confunde com a alteração normativa, de modo que a aplicação de um novo posicionamento aos casos ocorridos anteriormente não representa afronta ao princípio da segurança jurídica, uma vez que a jurisprudência apenas interpreta norma previamente existente, não configurando a nova orientação jurisprudencial criação de regra inédita. Desse modo, não verifico ilegalidade na aplicação, excepcional, do novo entendimento jurisprudencial adotado por esta Corte de Justiça ao caso específico do paciente, mormente quando mais benéfico e principalmente, com elevado montante de pena.

Ao ensejo:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS POR POSSUIR AÇÃO PENAL EM CURSO. ADOÇÃO

DE NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. PRECEDENTES. NOVO CÁLCULO DOSIMÉTRICO COM A APLICAÇÃO DO REDUTOR NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.

2. A Quinta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento sufragado no Supremo Tribunal Federal, além de buscar nova pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consignou que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). (HC n. 644.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 27/9/2021).

3. A minorante do tráfico privilegiado não foi aplicada ao paciente, com base na existência de uma ação penal em curso contra ele, o que seria indicativo de dedicação a atividades criminosas; todavia, ressaltei que o fato de o agente possuir ações penais em andamento, dissociado de outros elementos que demonstrassem, de forma cabal, sua dedicação à atividade criminosa não era óbice legal ao reconhecimento do tráfico privilegiado. Precedentes.

4. Novo cálculo dosimétrico realizado, com a aplicação da causa especial de diminuição de pena na fração máxima de 2/3, para não incorrer em bis in idem; ficando as reprimendas do paciente definitivamente estabilizadas em 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa.

5. Quanto ao regime prisional, verifico que se trata de pessoa primária, com uma nova pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses de reclusão, devendo ser-lhe conferido o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, em especial considerando-se que o montante de entorpecente apreendido: 2,4g de crack; 28g de maconha e 10,9g de cocaína (e-STJ, fl. 15), não denota elevada gravidade concreta.

6. Reputo atendidos os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, do Código Penal. Precedentes.

7. Agravo regimental não provido (AgRg no HC n. 842.419/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, Julgado em 22/8/2023, DJe 28/8/2023, grifei).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0377347-1

**AgRg no
HC 862.170 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00015991320098260372 00337006920208260000 0033700692020826000050000
15991320098260372 337006920208260000 33700692020826000050000

EM MESA

JULGADO: 21/11/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - DEFENSOR PÚBLICO -
SP295476
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JURANDIR MACHADO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Latrocínio

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : JURANDIR MACHADO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - DEFENSOR PÚBLICO -
SP295476
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.