SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 875674 - RS (2023/0446593-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO	:	ADILSON ANTONIO ZAUZA POLGA (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. JULGAMENTO LIMINAR DA IMPETRAÇÃO, SEM A PRÉVIA OITIVA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ALEGADA NULIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AUMENTO DA REDUTORA. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA A JUSTIFICAR A FRAÇÃO REDUTORA NO MÍNIMO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As disposições previstas nos arts. 64, III, e 202, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de *habeas corpus* e de recurso em *habeas corpus*, a pretensão que se conforme com súmula ou com a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contraria. Precedentes

2. Como é cediço, para aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, o legislador se ateve a fixar os pressupostos para a sua incidência, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para escolha entre a menor e a maior das frações indicadas no referido dispositivo legal, cabendo ao julgador, atento às singularidades do caso concreto, dosar o decréscimo.

3. No caso dos autos, não obstante a quantidade dos entorpecentes seja um fator de desvalor, verifico que a quantidade apreendida não é expressiva (49 g de cocaína e 53g de *crack* - e-STJ fl. 16) para justificar a escolha da fração no patamar mínimo de 1/6. Dessa forma, se mostra mais adequado a incidência da fração intermediária - 1/2.

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Documento eletrônico VDA40314496 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Reynaldo Soares da Fonseca Assinado em: 22/02/2024 19:16:45
Código de Controle do Documento: 880458b2-601c-4f87-a607-6d7f103b7b8e

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 e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 20 de fevereiro de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

Documento eletrônico VDA40314496 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Reynaldo Soares da Fonseca Assinado em: 22/02/2024 19:16:45
Código de Controle do Documento: 880458b2-601c-4f87-a607-6d7f103b7b8e

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 875674 - RS (2023/0446593-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO	:	ADILSON ANTONIO ZAUZA POLGA (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. JULGAMENTO LIMINAR DA IMPETRAÇÃO, SEM A PRÉVIA OITIVA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ALEGADA NULIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AUMENTO DA REDUTORA. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA A JUSTIFICAR A FRAÇÃO REDUTORA NO MÍNIMO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As disposições previstas nos arts. 64, III, e 202, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de *habeas corpus* e de recurso em *habeas corpus*, a pretensão que se conforme com súmula ou com a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contraria. Precedentes

2. Como é cediço, para aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, o legislador se ateve a fixar os pressupostos para a sua incidência, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para escolha entre a menor e a maior das frações indicadas no referido dispositivo legal, cabendo ao julgador, atento às singularidades do caso concreto, dosar o decréscimo.

3. No caso dos autos, não obstante a quantidade dos entorpecentes seja um fator de desvalor, verifico que a quantidade apreendida não é expressiva (49 g de cocaína e 53g de *crack* - e-STJ fl. 16) para justificar a escolha da fração no patamar mínimo de 1/6. Dessa forma, se mostra mais adequado a incidência da fração intermediária - 1/2.

4. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Documento eletrônico VDA40314906 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Reynaldo Soares da Fonseca Assinado em: 22/02/2024 19:26:43
Código de Controle do Documento: 1ecbd653-0153-4cec-aea9-71ef1fa800f1

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL contra decisão de minha lavra, pela qual não conheci o *habeas corpus*, contudo, concedi a ordem para redimensionar a pena para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 99/105).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 3 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial aberto e ao pagamento de 166 dias-multa (e-STJ fls. 28/47).

Interposta apelação, o Tribunal local deu parcial para o recurso ministerial e redimensionou a pena para 4 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 416 dias-multa. Segue a ementa do acórdão (e-STJ fls. 12/27):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, E SEU §4º, DA LEI N° 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INCONFORMIDADES DEFENSIVA E MINISTERIAL. O CONJUNTO PROBATÓRIO EVIDENCIA A ATIVIDADEILÍCITA EXERCIDA PELO APELANTE, CONSISTENTE EM TRÁFICO DE DROGAS, RAZÃO PELA QUAL DESCABIDOS OS PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO OU MESMO DE DESCLASSIFICAÇÃO, UMA VEZ QUE APROVA ANGARIADA NO FEITO É SUFICIENTE PARA APROLAÇÃO DO EDITO CONDENATÓRIO. DESTACO QUE A CIRCUNSTÂNCIA DE SER O RÉU DEPENDENTE DE DROGAS NÃO ELIDE A PRÁTICA DA NARCOTRAFICÂNCIA, SENDO USUAL QUE O DEPENDENTE TRAFIQUE, INCLUSIVE COMO FORMA DE SUSTENTO DO VÍCIO. DE SALIENTAR QUE OS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MERECEM TOTAL CREDIBILIDADE, NOTADAMENTE QUANDO COERENTES E HARMÔNICOS COM OSDEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. QUANTO À PENA-BASE FIXADA, VAI REMODELADA E FIXADA NO PISO MÍNIMO LEGAL, SOB PENA DE BIS IN IDEM, PELA SUA MENSURAÇÃO EM FASES DISTINTAS DA DOSIMETRIA DA PENA. QUANTO AO AFASTEMENTO DA REDUTORA,PRETENDIDO PELO MP, MISTER SALIENTAR COMO VIÁVEL O RECONHECIMENTO DA REDUTORA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE TÓXICOS, EIS QUE PRIMÁRIO O RÉU, NÃO COMPROVADO QUE SE DEDIQUE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONTUDO, ELEITA A FRAÇÃO DE 1/6 DA REDUTORA,POIS A QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA REMETEM A MAIOR COMPROMETIMENTO NO ILÍCITO, DESAUTORIZADA FRAÇÃO MAIS BENÉFICA. A MAJORANTE DO ARTIGO 40, III, DA LEI Nº 11.343/06,SE MOSTRA INDEVIDA. OCORRE QUE IGREJA NÃO FIGURA NAS HIPÓTESES PREVISTAS PARA A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INC. III, DA LEI N°11.343/06, NÃO SENDO POSSÍVEL A APLICAÇÃO DE ANALOGIA IN MALAM PARTEM. AINDA, INCABÍVEL A ISENÇÃO DO PAGAMENTO OU REDUÇÃO DA PENA DE MULTA, JÁ QUE SUA IMPOSIÇÃO DECORRE DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL(ART. 33, DA LEI DE DROGAS), SENDO A EVENTUAL IMPOSSIBILIDADE DO SEU PAGAMENTO MATÉRIA A SER DISCUTIDA NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL. QUANTO AO PEDIDO MINISTERIAL DE SER CASSADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS, SE MOSTRA EFETIVO, DADO QUE A PENA ORA REDEFINIDA ASSIM DETERMINA, POIS O*

Documento eletrônico VDA40314906 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Reynaldo Soares da Fonseca Assinado em: 22/02/2024 19:26:43
Código de Controle do Documento: 1ecbd653-0153-4cec-aea9-71ef1fa800f1

QUANTUM DE PENA AO RÉU IMPOSTO, SUPERA 04 ANOS DE RECLUSÃO – ARTIGO 44, I, DO CP. RESTA ALTERADO O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA DO RÉU PARA O SEMIABERTO, COM ARRIMO NO ARTIGO 33, § 2º, DO CP. LADO OUTRO, NÃO PROSPERA O PLEITO MINISTERIAL DE RECONHECIMENTO DA HEDIONDEZ DELITIVA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E CONSEQUENTE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AFASTANDO A NATUREZA HEDIONDA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POR FIM, QUANTO AO PREQUESTIONAMENTO SUSCITADO PELA DEFESA, PONTUO QUE O PRESENTE ACÓRDÃO NÃO NEGA VIGÊNCIA A QUALQUER DOS DISPOSITIVOS CITADOS, TRADUZINDO APENAS O ENTENDIMENTO DESTA CÂMARA ACERCA DOS PONTOS SUSCITADOS NO APELO. APELOS DEFENSIVO E MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDOS.

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/11), a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão da não aplicação da redutora do tráfico na fração máxima de 2/3. Afirma que a quantidade de drogas apreendidas não justifica o patamar mínimo de 1/6.

Em consequência do redimensionamento da pena, pugna pela fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, o aumento da fração da redutora para o máximo de 2/3, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em decisão acostada às e-STJ fls. 99/105, este Relator não conheceu da impetração, contudo, concedeu a ordem, de ofício, para redimensionar a pena para 2 anos e 6 meses de reclusão, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Ministério Público Federal teve ciência da decisão à e-STJ fl. 111.

Em seu agravo (e-STJ fls. 114/140), o agravante alega que *a impetração e concessão direta de habeas corpus, ofende o direito ao contraditório, dado que subtrai da parte adversa a oportunidade de, por meio de contrarrazões, manifestar-se* (e-STJ fl. 116).

No mérito, se insurge quanto à aplicação da redutora na fração de 1/2, afirmando, em síntese, que a quantidade de drogas não é inexpressiva, sendo a fração arbitrada anteriormente pelas instâncias ordinárias (1/6) mais adequada ao caso.

Pleiteia, assim, a reconsideração da decisão agravada ou, caso contrário, sua submissão ao órgão colegiado.

É o relatório.

Documento eletrônico VDA40314906 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Reynaldo Soares da Fonseca Assinado em: 22/02/2024 19:26:43
Código de Controle do Documento: 1ecbd653-0153-4cec-aea9-71ef1fa800f1

VOTO

Inicialmente, como já ressaltado na decisão agravada, acerca do rito a ser adotado para o julgamento desta impetração, as disposições previstas nos arts. 64, III, e 202, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de *habeas corpus* e de recurso em *habeas corpus*, a pretensão que se conforme com súmula ou com a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contraria (AgRg no HC 513.993/RJ, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019; AgRg no HC 475.293/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018; AgRg no HC 499.838/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/04/2019, DJe 22/04/2019; AgRg no HC 426.703/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018).

Nesse diapasão, uma vez verificado que as matérias trazidas a debate por meio do *habeas corpus* constituem objeto de jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal, não há nenhum óbice a que o Relator conceda a ordem liminarmente, sobretudo ante a evidência de manifesto e grave constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente, pois a concessão liminar da ordem de *habeas corpus* apenas consagra a exigência de racionalização do processo decisório e de efetivação do próprio princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC n.45/2004 com *status* de princípio fundamental (AgRg no HC 268.099/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 13/5/2013).

Na verdade, a ciência posterior do *Parquet* que, longe de suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido (EDcl no AgRg no HC 324.401/SP, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016).

Em suma, para conferir maior celeridade aos *habeas corpus* e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas

Documento eletrônico VDA40314906 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Reynaldo Soares da Fonseca Assinado em: 22/02/2024 19:26:43
Código de Controle do Documento: 1ecbd653-0153-4cec-aea9-71ef1fa800f1

que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do *writ* antes da ouvida do *Parquet* em casos de jurisprudência pacífica (AgRg no HC 514.048/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 06/08/2019, DJe 13/08/2019).

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

> *AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA PELA QUAL O RÉU FOI CONDENADO. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. 2. A alegada atipicidade da conduta imputada ao paciente, a aventada ocorrência de abolitio criminis e a indigitada desproporcionalidade da reprimenda que lhe foi imposta não foram alvo de deliberação pela Corte Federal no mandamus lá impetrado, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre os tópicos, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância. 3. Embora o Tribunal de origem já tenha julgado o recurso de apelação interposto pela defesa, não se pode olvidar que a nulidade suscitada no mandamus originário ainda não foi por ele enfrentada, e tampouco poderá sê-lo nos embargos de declaração já julgados, ante a impossibilidade de inovação recursal, razão pela qual a ausência de julgamento do mérito do remédio constitucional configura negativa de prestação jurisdicional, vedada pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Precedente. 4. A questão referente à própria tipicidade do delito pelo qual o réu restou condenado constitui matéria de ordem pública, não se podendo exigir que a defesa aguarde o trânsito em julgado da condenação para que o tema seja analisado em sede de revisão criminal, o que reforça a existência de flagrante ilegalidade passível de ser sanada na via eleita. JULGAMENTO DO MANDAMUS SEM A PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA CONSOLIDADA NA JURISPRUDÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE INEXISTENTE. 1. O simples fato de o presente habeas corpus haver sido julgado sem a prévia manifestação do Ministério Público Federal não enseja a nulidade da decisão agravada, uma vez que se trata de matéria consolidada na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, não tendo sido apontados quaisquer prejuízos decorrentes da apreciação monocrática do processo. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido (AgRg nos EDcl no HC 471.242/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 14/11/2018).*

> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS CONCEDIDO LIMINARMENTE. PRÉVIA OITIVA DO MPF. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA E CONSOLIDADA NO STJ. 1. É possível a análise do habeas corpus em decisão monocrática do Relator quando se trata de matéria consolidada na jurisprudência desta Casa, o que é o caso dos autos. 2. O dispositivo regimental que prevê abertura de vista ao Ministério Público Federal antes*

Documento eletrônico VDA40314906 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Reynaldo Soares da Fonseca Assinado em: 22/02/2024 19:26:43
Código de Controle do Documento: 1ecbd653-0153-4cec-aea9-71ef1fa800f1

do julgamento de mérito do habeas corpus impetrado nesta Corte (arts. 64, III, e 202, RISTJ) não retira do relator do feito a faculdade de decidir liminarmente a pretensão que se conforma com súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça ou a confronta. 3. Hipótese em que o Parquet Federal não demonstrou qualquer prejuízo pelo procedimento adotado. Exigência do art. 563 do Código de Processo Penal para reconhecimento de nulidade. 4. Na espécie, a ordem foi concedida porque, de acordo com o entendimento externado pela Terceira Seção nos EREsp n. 1.619.087/SC (DJe 24/8/2017) e reafirmado em 24/10/2018, no julgamento do AgRg no HC n. 435.092/SP (DJe 26/11/2018), é inviável a determinação da execução provisória das penas restritivas de direitos. 5. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 530.261/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 24/09/2019, DJe 07/10/2019).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NULIDADE. PEDIDO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. SEGUIMENTO NEGADO. PRÉVIA OITIVA DO PARQUET FEDERAL. PRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Hipótese em que o Relator negou seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus manifestamente improcedente, com fundamento no art. 34, XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. 2. Não há nulidade na prolação do decisum sem a prévia oitiva do Ministério Público Federal. Inteligência dos artigos 34, XVIII, 210 e 246, todos do Regimento Interno desta Corte. Ademais, não se demonstrou qualquer prejuízo ao parquet federal, exigência do art. 563 do Código de Processo Penal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no RHC 37.622/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 06/06/2013, DJe 14/06/2013).

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO PARQUET. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. OMISSÃO. 1. Os embargos de declaração têm ensejo quando há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado e, por construção pretoriana integrativa, erro material. 2. A previsão regimental que prevê abertura de vista ao Parquet antes do julgamento de mérito do habeas corpus impetrado perante esta Corte (RISTJ, arts. 64, III, e 202) não retira do relator do feito a faculdade de decidir liminarmente a pretensão que se conforma com súmula ou jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contraria. 3. Interpretação do art. 557 do Código de Processo Civil (cuja aplicação subsidiária ao processo penal é autorizada pelo art. 3º do CPP), do art. 38 da Lei n. 8.038/1990 e do art. 34 do RISTJ, para dar maior efetividade à norma constitucional que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam sua celeridade (art. 5º, LXXVIII, da CF, incluído pela EC n. 45/2004). 4. A decisão não conheceu do habeas corpus, mas concedeu a ordem, de ofício, porque a medida socioeducativa de internação foi aplicada unicamente com fundamento na gravidade do ato infracional análogo ao tráfico de drogas, entendimento que contraria a jurisprudência desta Corte sobre o tema, consolidada na sua Súmula 492. 5. Ciência posterior do Parquet que, longe de suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido. Precedentes. 6. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos (EDcl no AgRg no HC 324.401/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 02/02/2016, DJe 23/02/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO

Documento eletrônico VDA40314906 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Reynaldo Soares da Fonseca Assinado em: 22/02/2024 19:26:43
Código de Controle do Documento: 1ecbd653-0153-4cec-aea9-71ef1fa800f1

MONOCRÁTICA PROFERIDA PELO RELATOR ANTES DA ABERTURA DE PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. POSSIBILIDADE. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONSTATADA. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. PROGRESSÃO DE REGIME. MARCO INICIAL. DATA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 112 DA LEP. PRECEDENTE DO STF. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Malgrado seja necessária, em regra, a abertura de prazo para a manifestação do Parquet antes do julgamento do writ, as disposições estabelecidas nos arts. 64, III, e 202, do Regimento Interno desta Corte e no art. 1º do Decreto-lei n. 522/1969 não afastam do relator o poder de decidir monocraticamente o habeas corpus se o acórdão impugnado for contrário à jurisprudência dominante desta Corte Superior ou do Supremo Tribunal Federal (arts. 34, XVIII, "b", do RISTJ e Súmula 568 do STJ). 2. Para conferir maior celeridade aos habeas corpus e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos desta Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ de decisão manifestamente contrária ao entendimento do STJ e do STF, não havendo falar em ocorrência de nulidade, pois a concessão de vista ao Parquet Federal, ainda que posterior, atingiu o seu propósito, diante da interposição do agravo regimental. Precedente. 3. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício. Precedente. 4. A jurisprudência desta Corte Superior passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, externado no julgamento do HC 115.254 (Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015), para estabelecer, como marco para a subsequente progressão, a data em que o apenado preencheu os requisitos legais do art. 112 da LEP e não aquela em que o Juízo das Execuções, em decisão declaratória, deferiu o benefício ou aquela em que o reeducando, efetivamente, foi inserido no atual regime. 5. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 518.653/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019).

Assim, nos termos da jurisprudência firmada nesta Corte, não há se falar em nulidade de decisão, por julgamento liminar do *writ*.

Em relação ao mérito, a despeito das alegações do agravante, entendo que a decisão impugnada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Quanto à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sabe-se que a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

No caso, a minorante foi aplicada na fração de 1/6, com base na quantidade da drogas apreendida, conforme segue (e-STJ fl. 25):

Contudo, entendo que sua aplicação deve se dar na fração mínima de1/6, já que as particularidades do caso recomendam a medida, sendo de salientar a

Documento eletrônico VDA40314906 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Reynaldo Soares da Fonseca Assinado em: 22/02/2024 19:26:43
Código de Controle do Documento: 1ecbd653-0153-4cec-aea9-71ef1fa800f1

apreensão não só de considerável quantidade de drogas, mas também de variadas naturezas, circunstâncias estas que demonstram maior implicação na conduta delitiva, resultando por elevar a pena do réu, prejudicado o pleito defensivo de sua aplicação em 2/3.

Como é cediço, para aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, o legislador se ateve a fixar os pressupostos para a sua incidência, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para escolha entre a menor e a maior das frações indicadas no referido dispositivo legal, cabendo ao julgador, atento às singularidades do caso concreto, dosar o decréscimo.

No caso dos autos, não obstante a quantidade dos entorpecentes seja um fator de desvalor, verifico que a quantidade apreendida não é expressiva (49 g de cocaína e 53g de *crack* - e-STJ fl. 16) para justificar a escolha da fração no patamar mínimo de 1/6. Dessa forma, se mostra mais adequado a incidência da fração intermediária - 1/2.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A prolação de decisão monocrática pelo Ministro Relator está autorizada não apenas pelo RISTJ, mas também pelo CPC. Nada obstante, como é cediço, os temas decididos monocraticamente sempre poderão ser levados ao colegiado, por meio do controle recursal, o qual foi efetivamente utilizado no caso dos autos, com a interposição do presente agravo regimental.

2. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. A quantidade, a natureza e a variedade das drogas constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal, mas, no presente caso, a quantidade (16g de cocaína, 1,5g de maconha e 0,1g de crack) não se mostra expressiva o suficiente para aplicar a fração em fração inferior a 2/3.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 606.649/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 21/09/2020)

Acrescente-se, ainda, que a revaloração dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não requer o reexame probatórios.

Documento eletrônico VDA40314906 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Reynaldo Soares da Fonseca Assinado em: 22/02/2024 19:26:43
Código de Controle do Documento: 1ecbd653-0153-4cec-aea9-71ef1fa800f1

Note-se que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, e sim valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias.

A propósito:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO MÁXIMA E FIXOU O REGIME INICIAL ABERTO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS BASEADA EXCLUSIVAMENTE NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO E NA AUSÊNCIA DE OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. REGIME PRISIONAL. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA PARA O RECRUDESCIMENTO. PACIENTE PRIMÁRIO, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E CONDENADO A PENA QUE NÃO EXCEDE 4 ANOS DE RECLUSÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
> *1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do tráfico privilegiado na fração máxima de 2/3 e alterar o regime prisional para inicial aberto.*
> *2. A revaloração dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não requer o reexame probatórios. Note-se que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, mas valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias. 3. Esta Corte vem se manifestando no sentido de que isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado (AgRg no REsp n. 1.687.969/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/3/2018).*
> *4. De igual modo, a ausência de comprovação de exercício de trabalho ou emprego lícito não gera presunção de dedicação do paciente ao tráfico de drogas. Precedentes.*
> *5. Hipótese em que o paciente é primário, as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, e a condenação não excede 4 anos de reclusão, razão pela qual faz jus ao regime aberto.*
> *6. Agravo regimental não provido.*
> *(AgRg no HC n. 494.508/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe de 10/5/2019.)*

Em razão da alteração da fração da redutora, passo a refazer a dosimetria.

Na primeira fase, mantenho a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda etapa, ausentes agravantes e atenuantes. Na terceira fase, reduzo a pena em 1/2, razão pela qual a torno definitivas em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

Documento eletrônico VDA40314906 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Reynaldo Soares da Fonseca Assinado em: 22/02/2024 19:26:43
Código de Controle do Documento: 1ecbd653-0153-4cec-aea9-71ef1fa800f1

Tendo em vista o redimensionamento da pena, necessário readequar o regime de cumprimento.

Como é cediço, 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.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessário fundamentação específica com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula 440, que dispõe:

> *Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*:

> *A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*
>
> *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Nesse contexto, tratando-se de réu primário, condenado a pena que não excede 4 anos de reclusão, com as circunstâncias judiciais favoráveis, deve ser-lhe conferido o regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal.

Quanto à possibilidade de substituição da pena, nos delitos de tráfico, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes. Dessa forma, preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por restritiva de direitos.

No caso, resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Documento eletrônico VDA40314906 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Reynaldo Soares da Fonseca Assinado em: 22/02/2024 19:26:43
Código de Controle do Documento: 1ecbd653-0153-4cec-aea9-71ef1fa800f1

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ÉDIPO HENRIQUE FARIAS. REINCIDENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VEDAÇÃO EXPRESSA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. PACIENTE MICHEL JOSÉ DOS SANTOS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE ÍNFIMA DE DROGA APREENDIDA (5,48 GRAMAS DE CRACK E 1,60 GRAMAS DE COCAÍNA). REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. ART. 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 5. O art. 44 do CP é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos, verificando-se, na hipótese, o preenchimento de tais requisitos, tendo em vista que as circunstâncias judiciais favorecem o paciente e a quantidade de drogas apreendidas não foi expressiva. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente MICHEL JOSÉ DOS SANTOS para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções. (HC 326.359/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 11/05/2017).*

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

É como voto.

Documento eletrônico VDA40314906 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Reynaldo Soares da Fonseca Assinado em: 22/02/2024 19:26:43
Código de Controle do Documento: 1ecbd653-0153-4cec-aea9-71ef1fa800f1

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0446593-4

AgRg no HC 875.674 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00044194520198210064 06421900023636 44194520198210064
50020127820198210064 6421900023636

EM MESA

JULGADO: 20/02/2024

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

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

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
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	ADILSON ANTONIO ZAUZA POLGA (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 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO	:	ADILSON ANTONIO ZAUZA POLGA (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Documento eletrônico VDA40290322 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 21/02/2024 15:41:39
Código de Controle do Documento: 6BEF1F9C-9C05-4D45-91B2-FFCC655E73BA