SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 893785 - SP (2024/0061331-7)

RELATOR	:	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	RAPHAEL WASHINGTON DE ASSIS (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RAPHAEL CAMARÃO TREVIZAN - DEFENSOR PÚBLICO - AC004256
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME E PENA SUBSTITUTIVA. SÚMULA VINCULANTE N. 59 DO STF.

1. A Súmula vinculante n. 59 do STF dispõe que *"[é] impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria, observados os requisitos do artigo 33, parágrafo 2º, "c", e do artigo 44, ambos do Código Penal".*

2. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 23/04/2024 a 29/04/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 29 de abril de 2024.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

Documento eletrônico VDA41306875 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ANTONIO SALDANHA PALHEIRO Assinado em: 30/04/2024 19:22:29
Código de Controle do Documento: 14acda6e-8870-4707-8945-5d5c70d0f99c

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 893785 - SP (2024/0061331-7)

RELATOR	:	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	RAPHAEL WASHINGTON DE ASSIS (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RAPHAEL CAMARÃO TREVIZAN - DEFENSOR PÚBLICO - AC004256
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME E PENA SUBSTITUTIVA. SÚMULA VINCULANTE N. 59 DO STF.

1. A Súmula vinculante n. 59 do STF dispõe que *"[é] impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria, observados os requisitos do artigo 33, parágrafo 2º, "c", e do artigo 44, ambos do Código Penal".*

2. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão, de minha lavra, em que concedi *habeas corpus* em favor de RAPHAEL WASHINGTON DE ASSIS para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das execuções.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso nos arts. 33, *caput*, c/c o § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e 12, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, às penas de (a) 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, além do pagamento de 343 dias-multa, pelo primeiro crime; e (b) 1 ano de detenção em razão do delito previsto no Estatuto do Desarmamento (e-STJ fls. 69/83). A apelação foi

Documento eletrônico VDA41155327 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ANTONIO SALDANHA PALHEIRO Assinado em: 19/04/2024 16:19:21
Código de Controle do Documento: cf839f89-985d-4340-9e88-a58cd490d9de

desprovida, tendo o acórdão transitado em julgado.

A defesa, então, interpôs agravo em execução. O recurso foi desprovido em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 178):

> *Agravo em execução penal. Decisão que indeferiu pedido de alteração do regime inicial da pena privativa de liberdade, tal como estabelecido no processo de conhecimento, bem como sua substituição por penas restritivas de direito. Recurso da defesa. 1. Decisão proferida no processo de conhecimento (inclusive com decisão dessa Corte) que transitou em julgado. Dado esse cenário, não se pode, em sede de execução penal, sob pena de maltrato à coisa julgada, alterar-se o conteúdo da decisão proferida no processo de conhecimento. 2. Importante considerar que a situação não se amolda à hipótese prevista no artigo 66, I, da Lei de Execução Penal, porquanto não houve posterior edição de lei penal mais favorável ao réu: a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, salvo melhor juízo, do ponto de vista normativo, não se equipara à lei (no sentido de viabilizar que o juiz da execução reaprecie os termos da condenação editada no processo de conhecimento). Na realidade, no âmbito dessa Corte, a mudança do teor do título executivo, nos termos em que pleiteada pela defesa, deve ser buscada via revisão criminal, que avulta como o remédio jurídico adequado. Recurso desprovido.*

No Superior Tribunal de Justiça, impetrou *habeas corpus* pretendendo, à luz do entendimento da Súmula Vinculante n. 59 do STF, a alteração do regime prisional inicial para o aberto, com a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em decisão acostada às e-STJ fls. 192/196, concedi a ordem para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das execuções.

Daí o presente agravo regimental, no qual o representante do *Parquet* alega que, *"embora considerando que as circunstâncias apreciadas na formulação da dosimetria levaram à fixação de reprimenda corporal inferior a 4 anos de reclusão, bem como a ausência de circunstâncias judiciais negativas, a quantidade da droga apreendida – 73,37 gramas de maconha, 25,33 gramas de crack e 486,13 gramas de maconha – justifica o estabelecimento do regime semiaberto e não recomenda a substituição por restritivas de direitos"* (e-STJ fl. 206).

Requer, assim, seja reconsiderada a decisão ou seja o feito submetido à apreciação da Turma julgadora, a fim de restabelecer o regime semiaberto para início do cumprimento da pena do agravado, vedando-se a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

É o relatório.

VOTO

Documento eletrônico VDA41155327 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ANTONIO SALDANHA PALHEIRO Assinado em: 19/04/2024 16:19:21
Código de Controle do Documento: cf839f89-985d-4340-9e88-a58cd490d9de

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Sem razão o agravante.

No caso, colho da sentença condenatória (e-STJ fls. 79/80, grifei):

> *Na primeira fase da dosimetria penal, analiso as circunstâncias judiciais do artigo 42 da Lei n° 11.343/06 e artigo 59 do Código Penal: culpabilidade (dolo inerente ao tipo, sem considerações que possam aumentar significativamente a reprovabilidade da conduta); antecedentes (o acusado é primário);conduta social (nada a considerar); personalidade (nada a considerar); motivos do crime (inerentes à espécie); circunstâncias do crime (nada a considerar); consequências do crime (inerentes à espécie); comportamento da vítima (nada a considerar); natureza e quantidade do entorpecente (nada a considerar).*
>
> *Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.*
>
> *Na segunda fase do cálculo penal, ausentes circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, razão pela qual permanece inalterada a pena acima.*
>
> *Na terceira fase da dosimetria, ausentes causas de aumento de pena. No tocante à minorante descrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, viável seu reconhecimento.*
>
> *Verifica-se que o réu é primário e de bons antecedentes, bem como inexistentes provas no sentido que integre organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas, de modo que incide o privilégio previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.*
>
> *Em relação ao quantum, vislumbro que o redutor deve ser aplicado no patamar de 1/3 (um terço), uma vez que, além da maconha, foi apreendido entorpecente crack, conquanto apreendida pequena quantidade de entorpecente, a natureza deste crack é óbice à aplicação da redução no grau máximo previsto no sobredito dispositivo, porquanto trata-se de entorpecente altamente viciante e nocivo, assim como destruidor da paz social, não podendo o traficante de tal natureza de entorpecente ser equiparado ao traficante de drogas menos devastadoras, por exemplo, maconha.*
>
> *Dito isso, vislumbro que o redutor deve ser aplicado no patamar de 1/3 (um terço), haja vista a natureza do entorpecente apreendido com o réu, totalizando a pena em03 (três) anos e 04 (quatro) meses reclusão, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.*

Como se pode observar, a pena-base foi fixada no mínimo legal e foi reconhecido em favor do acusado o benefício do tráfico privilegiado de drogas.

Ora, a Súmula vinculante n. 59 do STF dispõe que *"[é] impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria, observados os requisitos do artigo 33, parágrafo 2º, "c", e do artigo 44, ambos do Código Penal".*

A propósito:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. ILEGALIDADE DA PROVA E AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA A CONDENAÇÃO. SÚMULA 207/STJ. INCIDÊNCIA*

Documento eletrônico VDA41155327 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ANTONIO SALDANHA PALHEIRO Assinado em: 19/04/2024 16:19:21
Código de Controle do Documento: cf839f89-985d-4340-9e88-a58cd490d9de

DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. SÚMULA VINCULANTE Nº 59. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

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. No presente caso, os argumentos utilizados não foram suficientes para afastar a causa de diminuição, uma vez que a Corte de origem mencionou apenas a quantidade da droga apreendida associada ao fato da acusada estar desempregada e ter realizado tráfico intermunicipal, mediante pagamento, sem demonstrar qualquer outra circunstância do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação da agente às atividades criminosas ou à integração a organização criminosa, o que, de acordo com o entendimento desta Corte Superior, não justificam o afastamento do tráfico privilegiado.

4. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum da redução do benefício do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC n. 529.329/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 19/9/2019, DJe 24/9/2019). No presente caso, a incidência da causa de diminuição da pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas deve ser aplicada no patamar de 1/3, em razão da quantidade da droga apreendida (10,734kg de maconha), o que se mostra razoável e proporcional.

5. No tocante ao regime de cumprimento de pena, a Súmula Vinculante nº 59/STF dispõe que é impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal. Assim, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecido a acusada o benefício do tráfico privilegiado, a mesma faz jus ao regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo das execuções.

6. Agravo regimental parcialmente provido para aplicar o benefício do tráfico privilegiado no patamar de 1/3, redimensionando a pena da acusada para 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 333 dias-multa, e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, que serão fixadas pelo juízo da execução, mantidos os demais termos da condenação.

(AgRg no AREsp n. 2.472.179/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/2/2024, DJe de 26/2/2024.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA A ENSEJAR A FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL

Documento eletrônico VDA41155327 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ANTONIO SALDANHA PALHEIRO Assinado em: 19/04/2024 16:19:21
Código de Controle do Documento: cf839f89-985d-4340-9e88-a58cd490d9de

DESPROVIDO. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO DE OFÍCIO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - No presente caso, o regime fechado foi mantido com base em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, bem como à suposta gravidade concreta do fato, sem o apontamento de qualquer elemento nesse sentido, oriundo dos autos.

III - Tendo sido a basilar da paciente fixada no patamar mínimo legal, ausentes circunstâncias judiciais negativas, bem como reconhecida a redutora do tráfico privilegiado, com a imposição de sanção da ordem de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, é possível a fixação do regime prisional aberto e a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, consoante art. 33, § 2º, "c", e § 3º, e art. 44, ambos do Estatuto Penal, bem como nos termos do entendimento constante das Súmulas n.º 718 e n.º 719, STF, da Súmula Vinculante n.º 59, STF, e da Súmula n.º 440, STJ. Precedentes.

IV - Constatada a existência de erro material na decisão agravada, deve ser corrigido, de ofício, passando a parte dispositiva da decisão a conter a seguinte redação: "Ante o exposto, concedo a ordem de habeas corpus, para fixar o regime prisional inicial aberto, com a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a ser realizada pelo juízo da execução penal".

Agravo regimental desprovido, com correção de erro material na decisão agravada, de ofício.

(AgRg no HC n. 830.421/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 14/12/2023.)

Diante do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

Documento eletrônico VDA41155327 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ANTONIO SALDANHA PALHEIRO Assinado em: 19/04/2024 16:19:21
Código de Controle do Documento: cf839f89-985d-4340-9e88-a58cd490d9de

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

AgRg no HC 893.785 / SP

Número Registro: 2024/0061331-7

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número de Origem:
00128622220238260996 00163602920238260996 128622220238260996 15001171120238260583 163602920238260996 20212292023

Sessão Virtual de 23/04/2024 a 29/04/2024

Relator do AgRg
Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		RAPHAEL CAMARÃO TREVIZAN - DEFENSOR PÚBLICO - AC004256
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RAPHAEL WASHINGTON DE ASSIS (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO : DIREITO PROCESSUAL PENAL - EXECUÇÃO PENAL E DE MEDIDAS ALTERNATIVAS - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - FALTA GRAVE

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	RAPHAEL WASHINGTON DE ASSIS (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		RAPHAEL CAMARÃO TREVIZAN - DEFENSOR PÚBLICO - AC004256
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 23/04/2024 a 29/04/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Documento eletrônico VDA41302496 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 30/04/2024 07:30:09
Código de Controle do Documento: 83a72e25-0b73-4882-b697-88fd5dddfd94

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 30 de abril de 2024

Documento eletrônico VDA41302496 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 30/04/2024 07:30:09
Código de Controle do Documento: 83a72e25-0b73-4882-b697-88fd5dddfd94