AgRg no HABEAS CORPUS Nº 917237 - SP (2024/0192214-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	LEONARDO CESAR BATISTA PEDROSO
ADVOGADO	:	ANA PAULA DA SILVA - SP401560
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE PELA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE APREENDIDA NÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. FIXAÇÃO DO REDUTOR NO PATAMAR DE 2/3. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu do *habeas corpus*, por sua utilização como substitutivo de recurso próprio, sem a constatação de flagrante ilegalidade. O agravo busca a revisão da dosimetria da pena aplicada em crime de tráfico de drogas, alegando exasperação indevida da pena-base pela quantidade e natureza da droga e a aplicação inadequada da minorante do tráfico privilegiado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Duas questões principais estão em discussão:

(i) se a quantidade e a natureza da droga apreendida (67,95g de cocaína, 3,26g de crack e 5,48g de maconha) justificam a exasperação da pena-base acima do mínimo legal;

(ii) se há fundamentação adequada para a aplicação da minorante do tráfico privilegiado em apenas 1/6, considerando o perfil do réu como primário e de bons antecedentes.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência do STJ estabelece que, embora a quantidade e a natureza das drogas possam justificar a exasperação da

Documento eletrônico VDA44486694 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:37:27
Código de Controle do Documento: c40d80fc-d3f7-45d4-88be-a446af99e565

pena, essa medida deve ser fundamentada em elementos concretos que extrapolem os próprios fatos inerentes ao tipo penal (AgRg no AREsp n. 2.354.282/ES, relator Min. Ribeiro Dantas, DJe de 12/9/2023). No presente caso, a quantidade apreendida, apesar de não ser ínfima, não é considerada expressiva a ponto de justificar a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

4. A fixação do redutor do tráfico privilegiado em apenas 1/6 foi feita sem fundamentação concreta e adequada. O STJ entende que o redutor deve ser aplicado na fração de 2/3 quando presentes as condições legais, salvo fundamentação concreta que justifique redução menor (AgRg no AREsp n. 2.066.116/AL, Rel. Min. Messod Azulay Neto, DJe de 30/5/2023). No caso, o réu é primário e de bons antecedentes, sem elementos concretos que indiquem dedicação habitual ao tráfico, devendo o redutor ser aplicado no patamar máximo de 2/3.

IV. Agravo regimental provido para conceder a ordem de ofício, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, com o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo da execução.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental, para conceder a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 14 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA44486694 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:37:27
Código de Controle do Documento: c40d80fc-d3f7-45d4-88be-a446af99e565

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 917237 - SP (2024/0192214-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	LEONARDO CESAR BATISTA PEDROSO
ADVOGADO	:	ANA PAULA DA SILVA - SP401560
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE PELA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE APREENDIDA NÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. FIXAÇÃO DO REDUTOR NO PATAMAR DE 2/3. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu do *habeas corpus*, por sua utilização como substitutivo de recurso próprio, sem a constatação de flagrante ilegalidade. O agravo busca a revisão da dosimetria da pena aplicada em crime de tráfico de drogas, alegando exasperação indevida da pena-base pela quantidade e natureza da droga e a aplicação inadequada da minorante do tráfico privilegiado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Duas questões principais estão em discussão:

(i) se a quantidade e a natureza da droga apreendida (67,95g de cocaína, 3,26g de crack e 5,48g de maconha) justificam a exasperação da pena-base acima do mínimo legal;

(ii) se há fundamentação adequada para a aplicação da minorante do tráfico privilegiado em apenas 1/6, considerando o perfil do réu como primário e de bons antecedentes.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência do STJ estabelece que, embora a quantidade e a natureza das drogas possam justificar a exasperação da

Documento eletrônico VDA44485903 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:48
Código de Controle do Documento: 90b14a04-7fe3-4268-b14f-335eab729394

pena, essa medida deve ser fundamentada em elementos concretos que extrapolem os próprios fatos inerentes ao tipo penal (AgRg no AREsp n. 2.354.282/ES, relator Min. Ribeiro Dantas, DJe de 12/9/2023). No presente caso, a quantidade apreendida, apesar de não ser ínfima, não é considerada expressiva a ponto de justificar a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

4. A fixação do redutor do tráfico privilegiado em apenas 1/6 foi feita sem fundamentação concreta e adequada. O STJ entende que o redutor deve ser aplicado na fração de 2/3 quando presentes as condições legais, salvo fundamentação concreta que justifique redução menor (AgRg no AREsp n. 2.066.116/AL, Rel. Min. Messod Azulay Neto, DJe de 30/5/2023). No caso, o réu é primário e de bons antecedentes, sem elementos concretos que indiquem dedicação habitual ao tráfico, devendo o redutor ser aplicado no patamar máximo de 2/3.

IV. Agravo regimental provido para conceder a ordem de ofício, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, com o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo da execução.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o último relatório contido nos autos (e-STJ, fls. 52-24)

> *Trata-se de habeas corpus impetrado contra acórdão assim ementado (e-STJ fl. 14-15):*
>
> *"APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Sentença condenatória. Recursos de ambos os réus. Preliminar de nulidade afastada. Inocorrência de invasão de domicílio. O crime de tráfico de drogas, nas modalidades "guardar" e "ter em depósito", é permanente. Situação de flagrância que autoriza o ingresso no imóvel sem mandado. Réus que franquearam o acesso dos policiais militares à residência. Ilicitude de provas inexistente. Mérito. Tráfico de drogas. Comprovadas a materialidade e a autoria, era de rigor a condenação. Depoimentos dos policiais militares que devem ser recebidos sem reservas. Notícias anônimas que mencionavam, nominalmente, ambos os ora recorrentes. Associação para o tráfico. Não comprovação dos requisitos da estabilidade, permanência e divisão de tarefas. Absolvição dos réus. Dosimetria das penas aplicadas pelo cometimento do crime previsto no art. 33,"caput", da Lei nº 11.343/2006. Apelante Jonatas. Nenhuma modificação. Exasperação das sanções na primeira fase justificada. Dedicação às atividades criminosas que obsta o reconhecimento do tráfico privilegiado. Apelante Leonardo. De rigor o reconhecimento da atenuante da confissão e a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado, em sua fração mínima. Início do cumprimento das penas reclusivas.*

Documento eletrônico VDA44485903 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:48
Código de Controle do Documento: 90b14a04-7fe3-4268-b14f-335eab729394

Mantido o regime fechado para Jonatas e concedido o regime semiaberto para Leonardo, ante a primariedade e quantidade de pena aplicada. Gratuidade de justiça que deve ser pleiteada perante o Juízo das Execuções. RECURSOS CONHECIDOS PARCIALMENTE. NA PARTE CONHECIDA, REJEITADA A PRELIMINAR DE NULIDADE. NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDOS."

O paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico, na forma dos artigos 33 e 35 da Lei n 11343/06, a uma pena de 8 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 1283 dias-multa calculados sobre o mínimo legal.

Em grau de apelação, o paciente foi absolvido da imputação relativa ao crime de associação para o tráfico, bem como foi aplicada a minorante especial relativa ao tráfico privilegiado no percentual de 1/6 (um sexto), reduzindo-se a pena para 4 anos e 18 dias de reclusão em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 404 dias-multa (e-STJ fls. 13-35).

Ainda inconformada, a defesa técnica impetrou o presente habeas corpus asseverando que o constrangimento ilegal suportado pelo paciente gravita em torno da dosimetria da pena, segundo ela, fixada de forma equivocada.

Aponta erro na pena-base, e ilegalidade na aplicação do patamar mínimo da minorante especial do tráfico privilegiado.

Neste esteira, afirma que, concedida a ordem em relação à fixação da pena privativa de liberdade, se impõe a alteração do regime inicial de cumprimento da pena, devendo ser alterada para o aberto.

Ao final, requer liminar e definitivamente a concessão da ordem para que seja alterada a pena aplicada ao caso concreto, e fixado o regime aberto para início do cumprimento da pena.

É o relatório.

O agravante requer a reconsideração da decisão ou o provimento de seu recurso pelo colegiado.

Alega que a pena-base foi aumentada em razão da quantidade e natureza dos entorpecentes, porém, tal quantidade é inexpressiva, bem como que houve ilegalidade na aplicação da fração mínima de redução da pena relativa à aplicação do art. 33, §4º da Lei 11.343/06 e a fixação do regime semiaberto.

Requer seja reduzida à mínima a pena base do paciente e aplicada a fração máxima (2/3) na figura do tráfico privilegiado, impondo assim o regime aberto para o cumprimento de pena.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo e indicou os fundamentos da decisão recorrida, razão pela qual deve ser conhecido.

Documento eletrônico VDA44485903 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:48
Código de Controle do Documento: 90b14a04-7fe3-4268-b14f-335eab729394

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (e-STJ fls. 52/54):

> *A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.*
>
> *Veja-se:*
>
> *"O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício"*
>
> *(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).*
>
> *"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"*
>
> *(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).*
>
> *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:*
>
> *"Do ponto de vista processual, o caso é de habeas corpus substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o " habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe habeas corpus para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)*
>
> *(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).*
>
> *O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.*
>
> *A concessão de ofício da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade.*
>
> *Analisando-se o conteúdo da documentação colacionada aos autos, não se verifica de plano qualquer violação ao ordenamento jurídico ou flagrante constrangimento ilegal, que implique ameaça de violência ou coação na liberdade de locomoção do paciente, nos termos da Lei nº 14.836, de 8/4/2024, publicada no Diário Oficial da União de 9/4/2024.*

Documento eletrônico VDA44485903 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:48
Código de Controle do Documento: 90b14a04-7fe3-4268-b14f-335eab729394

> *Pelo exposto, não conheço do habeas corpus substitutivo e, na análise de ofício, não visualizo elementos capazes de caracterizar flagrante ilegalidade.*
>
> *Publique-se. Intimem-se.*

Como visto, o *habeas corpus* não foi conhecido por não se admitir a impetração de *writ* em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, não se verificando de plano qualquer violação ao ordenamento jurídico ou flagrante constrangimento ilegal.

Não obstante, analisando detidamente a tese trazida pela Defesa, verifica-se a existência de flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que diz respeito à dosimetria, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fls. 30/31):

> ***Leonardo César Batista Pedroso A pena-base foi fixada 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal "diante da natureza dos entorpecentes apreendidos ('crack' e cocaína), drogas de maior potencial lesivo e atenta, ainda, à considerável quantidade".***
>
> ***Concorda-se com a majoração, pois devidamente fundamentada e amparada no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006.***
>
> *Na segunda fase, não foram consideradas agravantes ou atenuantes e, na derradeira etapa, não foram reconhecidas causas de aumento ou de diminuição.*
>
> *Ocorre que Leonardo confessou o cometimento do crime de tráfico de drogas em juízo, ao afirmar ter concordado em armazenar as substâncias em sua casa mediante pagamento.*
>
> *Logo, deve ser reconhecida a atenuante da confissão, com diminuição das penas em 1/6 (um sexto), resultando as sanções em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa.*
>
> ***Ainda, há de ser aplicada a previsão do artigo 33, §4º, em relação a este apelante, por ser primário e de bons antecedentes (fls. 136).***
>
> ***A fração mínima de 1/6 (um sexto) demonstra-se adequada, resultando as penas em 04 (quatro) anos e 18 (dezoito) dias de reclusão e pagamento de 404 (quatrocentos e quatro e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo previsto em lei.***

Como cediço, a natureza e a quantidade da droga justificam, em tese, a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do que dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Contudo, *in casu,* constato que, a despeito da natureza das drogas apreendidas, a quantidade de 67,95g de cocaína, 3,26g de "crack" e 5,48g de

Documento eletrônico VDA44485903 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:48
Código de Controle do Documento: 90b14a04-7fe3-4268-b14f-335eab729394

“maconha” (e-STJ fl. 39), para além de de não ser expressiva, segundo a orientação desta Corte, não é apta, por si só, a indicar maior desvalor da conduta.

De fato, da análise dos excertos acima transcritos, verifica-se que o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias está em dissonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal, segundo a qual "existe manifesta ilegalidade no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto a quantidade apreendida - 5,07g de maconha, 10,95g de cocaína e 1,79g de crack - não se mostra expressiva o suficiente a ponto de justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria" (HC n. 427.177/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 08/03/2018, grifei).

No mesmo sentido:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA À DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL NA ORIGEM. SÚMULA 83/STJ. APRESENTAÇÃO DE JULGADOS CONTEMPORÂNEOS. INEXISTÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.*
>
> *1. Não assiste razão aos agravantes, pois, no caso, incide o óbice da Súmula 182/STJ, uma vez que deixou de impugnar, no seu agravo em recurso especial, de forma suficiente, todos os óbices do não conhecimento.*
>
> *2. Esta Corte firmou o entendimento de que, "quando o inconformismo excepcional não é admitido pela instância ordinária, com fundamento no enunciado n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a impugnação deve indicar precedentes contemporâneos ou supervenientes aos mencionados na decisão combatida" (AgRg no AREsp 709.926/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 28/10/2016), o que não ocorreu no caso destes autos.*
>
> *3. Todavia, impõe-se a concessão de habeas corpus de ofício, diante da flagrante ilegalidade no cálculo da reprimenda do agravante.*
>
> *4. A respeito da dosimetria da reprimenda, vale anotar que sua individualização é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada.*
>
> ***5. No caso, nota-se que a pena-base foi elevada em razão da quantidade e natureza das drogas. No entanto, embora a quantidade da droga constitua elemento idôneo para exasperar a***

Documento eletrônico VDA44485903 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:48
Código de Controle do Documento: 90b14a04-7fe3-4268-b14f-335eab729394

sanção básica, o quantum apreendido não é suficiente para denotar maior reprovabilidade na conduta do agente (102g de maconha).

6. Agravo regimental desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício, reduzindo a pena para 5 anos de reclusão mais o pagamento de 500 dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto.

(AgRg no AREsp n. 2.354.282/ES, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 12/9/2023, grifei.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. VALORAÇÃO NEGATIVA AFASTADA. READEQUAÇÃO DA PENA BASE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AÇÃO PENAL EM CURSO. TRÂNSITO EM JULGADO ANTERIOR AO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS .
I - A exasperação da pena-base no crime de tráfico de drogas, em razão da natureza e da quantidade de tóxicos, deve se atentar para os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, só se justificando quando o cenário fático extrapolar as circunstâncias normalmente esperadas para o tipo penal.
II - Em juízo de proporcionalidade, no caso dos autos, o agravante foi encontrado com 3g de crack e 120g de maconha, quantidades que não justificam a exasperação aplicada na origem. Precedentes.
III - Ao apreciar o Tema Repetitivo 1139, a Terceira Seção do STJ fixou a tese de que inquéritos e ações penais em curso não podem impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06.
IV - No caso sob exame, a apelação referente ao crime de tráfico de drogas foi apreciada após o trânsito em julgado da ação penal que havia obstado a aplicação da causa de diminuição de pena em comento, inexistindo, portanto, incerteza quanto à dedicação do réu a atividades criminosas.
Agravo regimental parcialmente provido." (AgRg no AREsp n. 2.066.116/AL, Quinta Turma, Rel. Min. Messod Azulay Neto, DJe 30/05/2023, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 5 G DE CRACK EM 41 PEDRAS PEQUENAS, 10 G DE CRACK EM UMA PEDRA MAIOR E R$ 10,50 EM ESPÉCIE. ALEGAÇÃO DE QUE DEVE SER MANTIDA A DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. REDIMENSIONAMENTO FEITO DE MODO PROPORCIONAL.
1. Apesar de não ser ínfima a quantidade de drogas, também não é excessiva a ponto de ser devida a elevação da pena-base além do que já foi estabelecido pelo legislador para o delito de tráfico de drogas. Como mencionado, alguma quantidade de drogas necessariamente deve ser apreendida, e, se sempre que houver a apreensão da droga a

Documento eletrônico VDA44485903 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:48
Código de Controle do Documento: 90b14a04-7fe3-4268-b14f-335eab729394

pena já for elevada, nunca será aplicado o piso mínimo, porque toda e qualquer droga é muito prejudicial à sociedade.
2. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 681.745/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 30/09/2021, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NÃO CONHECIMENTO DO APELO NOBRE. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO INFIRMADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO AGRAVADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.
MANUTENÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.
1. Ausente a impugnação específica, concreta e pormenorizada aos fundamentos da decisão agravada, na parte em que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, é inadmissível o regimental, conforme previsão do art. 932, inciso III, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal, bem assim pela incidência da Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça.
2. A fixação da pena-base acima do mínimo legal se deu unicamente em razão da culpabilidade (devido à quantidade de entorpecentes apreendidos) e do art. 42, da Lei de Drogas (quanto à natureza da droga). No entanto, a despeito da natureza da droga apreendida (crack e maconha), a quantidade, na hipótese, segundo a orientação desta Corte, não é apta, por si só, a indicar maior desvalor da conduta, sendo correta a concessão de habeas corpus, de ofício, pela decisão agravada.
3. A falta de insurgência acarreta a preclusão, para a parte interessada, em relação à matéria não oportunamente impugnada.
Contudo, a ausência de recurso defensivo não impede que esta Corte Superior, dentro de sua competência constitucionalmente estabelecida, ao constatar a existência de ilegalidade flagrante em desfavor do condenado, proceda à sua correção, por meio de concessão de habeas corpus, de ofício, segundo o permissivo contido no art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal.
4. Agravo regimental conhecido parcialmente e, nessa extensão, desprovido" (AgRg no AREsp n. 1.764.934/CE, Sexta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 18/08/2021, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. RECURSO MINISTERIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. AGRAVADO PRIMÁRIO. REDUZIDA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. 23G DE COCAÍNA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

Documento eletrônico VDA44485903 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:48
Código de Controle do Documento: 90b14a04-7fe3-4268-b14f-335eab729394

MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Conforme exposto na decisão agravada, o habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Hipótese na qual o agravado foi flagrado com reduzida quantidade de entorpecentes - 23g de cocaína -, sendo insuficientes as menções a respeito de existência de imagens em seu celular de drogas e armas, uma vez que sequer há comprovação de que tais objetos lhe pertenciam. Ressalte-se que a jurisprudência pátria posiciona-se no sentido da impossibilidade de se recolher alguém ao cárcere se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

3. "Se a quantidade de droga apreendida é reduzida e estão ausentes outros elementos que autorizem conclusão acerca do envolvimento profundo ou relevante do agente com o tráfico de drogas, não se justifica a prisão preventiva para resguardar a ordem pública". (HC n. 112.766/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/11/2012, DJe 07/12/2012).

4. Tendo em vista a existência de indícios de reiteração delitiva, consubstanciada nos elementos de provas obtidos a partir das perícia realizada em seu aparelho celular, cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas, de modo a assegurar minimamente a preservação da ordem pública.

5. Agravo ministerial desprovido" (AgRg no HC n. 657.581/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 03/05/2021, grifei).

No que se refere à aplicação da minorante do tráfico privilegiado, é pacífico que a quantidade e a natureza do entorpecente podem ser utilizadas para a modulação da fração de redução de pena do tráfico privilegiado, desde que não tenham sido valorados para aumentar a pena-base, sob pena de bis in idem. (AgRg no AREsp n. 2.262.790/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 27/2/2024, DJe de 4/3/2024.).

Como a legislação brasileira não descreveu um percentual fixo para a escolha da redução, cabe ao julgador utilizar-se do seu livre convencimento motivado, de acordo com cada caso em concreto, observando sempre a proporcionalidade e razoabilidade. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM 1/6 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE FLAGRANTE NÃO CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso

Documento eletrônico VDA44485903 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:48
Código de Controle do Documento: 90b14a04-7fe3-4268-b14f-335eab729394

concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.
II - O julgador não está vinculado a rígidos critérios matemáticos para a exasperação da pena-base, pois isso está no âmbito da sua discricionariedade, embora ao fazê-lo deva fundamentar com elementos concretos da conduta do acusado.
III - O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a quantidade, natureza e diversidade das substâncias ou dos produtos apreendidos, a personalidade e a conduta social do agente.
IV - Cabe a este Tribunal apenas o controle de legalidade do critério eleito pela Corte local, de modo a averiguar se a pena-base foi estabelecida mediante o uso de fundamentação concreta, não havendo nenhum ajuste a ser feito em relação à dosimetria da pena.
V - O número de porções embaladas para venda (21 pedras de crack e 6 porções de cocaína) e a natureza da droga (cocaína e crack), além da porção de 51,27g de maconha, levam à conclusão de maior reprovabilidade da conduta em razão da variedade e não seu do seu peso individualmente considerado.
VI - A exasperação da pena-base em fração prudencial de 1/6, a partir de fundamentação concreta e individualizada, guarda razão de proporcionalidade à conduta do agravante.
Agravo regimental desprovido.
(AgRg no HC n. 872.165/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 14/2/2024.)

No caso, o acórdão aplicou o redutor de 1/6, diante do reconhecimento da minorante, apontando que a "fração mínima de 1/6 (um sexto) demonstra-se adequada".

Verifica-se que, no caso, a escolha deu-se sem qualquer fundamentação e, ainda que se considerasse a quantidade/ variedade de droga, tal fundamento já foi empregado na primeira fase da dosimetria da pena, não podendo servir à modulação da fração da minorante, sob pena de *bis in idem*.

Assim, deve-se reconhecer a ilegalidade do acórdão quanto ao ponto, em razão da ausência de fundamentação a legitimar a fração adotada.

Na medida em que os argumentos aduzidos pelo acórdão não são idôneos para fixar a pena-base acima do mínimo legal, bem como para negar a aplicação da causa de diminuição de pena em seu patamar máximo, fixo a pena mínimo legal e altero o redutor do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 para 2/3.

Passo a redimensionar a pena.

Fixo a pena-base no mínimo legal em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, foi reconhecida a atenuante da confissão, não

Documento eletrônico VDA44485903 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:48
Código de Controle do Documento: 90b14a04-7fe3-4268-b14f-335eab729394

obstante, deixo de reduzir a pena aquém do mínimo legal, diante da incidência da Súmula 231 desta Corte.

Na terceira etapa, pelo acima exposto, verificadas as condições para aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, no patamar de 2/3, fixo a pena em 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Fica mantido o regime semiaberto, ante as circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas na primeira fase da dosimetria da pena (artigo 33, §3º do Código Penal).

Não observando circunstâncias dignas de nota, além daquelas já consideradas na dosimetria da pena, fixo o regime aberto como inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §2º c do CP.

Atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo aa pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução Penal. Sobre a questão, o Tribunal de origem assim fundamentou:

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para conceder a ordem de ofício a fim de fixar a pena-base no mínimo legal e alterar o patamar da causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 para 2/3 e, com isso, redimensionar a pena do paciente para 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa, com a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, a serem fixadas pelo juízo da execução.

É o voto.

Documento eletrônico VDA44485903 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:48
Código de Controle do Documento: 90b14a04-7fe3-4268-b14f-335eab729394

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0192214-4 **PROCESSO ELETRÔNICO**

AgRg no HC 917.237 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15000461020218260573 20268162021

EM MESA JULGADO: 12/11/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	ANA PAULA DA SILVA
ADVOGADO	:	ANA PAULA DA SILVA - SP401560
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LEONARDO CESAR BATISTA PEDROSO
CORRÉU	:	JONATAS LUCAS TRINDADE ALCANTARA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	:	LEONARDO CESAR BATISTA PEDROSO
ADVOGADO	:	ANA PAULA DA SILVA - SP401560
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental, para conceder a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Documento eletrônico VDA44460359 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 13/11/2024 19:25:15
Código de Controle do Documento: A291099D-CEA5-4789-9C4E-F6B6031F2319