SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 936880 - SP (2024/0301001-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	AMAURI RAFAEL (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RAFAEL DE SOUZA BORELLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP339970
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRIVILÉGIO. MODULAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. 1/3. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.

I - O Superior Tribunal de Justiça não admite a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Precedentes.

II - Havendo ilegalidade flagrante ou coação ilegal, concede-se a ordem de ofício.

III - A apreensão de quantidade não significativa de entorpecentes, ainda que de natureza mais deletéria, não é apta a ensejar a fixação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em patamar diverso do máximo (2/3). Precedentes.

IV - Estabelecida a reprimenda no patamar de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como tendo sido a basilar fixada no patamar mínimo legal, é possível o estabelecimento do regime prisional inicial aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal, com a substituição da pena corporal por duas penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Agravo regimental não provido.

Documento eletrônico VDA43486549 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 18/09/2024 16:10:50
Código de Controle do Documento: 77fd3847-0c94-4be0-bb79-78f8ceb50fbb

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 17 de setembro de 2024.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator

Documento eletrônico VDA43486549 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 18/09/2024 16:10:50
Código de Controle do Documento: 77fd3847-0c94-4be0-bb79-78f8ceb50fbb

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 936880 - SP (2024/0301001-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	AMAURI RAFAEL (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RAFAEL DE SOUZA BORELLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP339970
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRIVILÉGIO. MODULAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. 1/3. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.

I - O Superior Tribunal de Justiça não admite a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Precedentes.

II - Havendo ilegalidade flagrante ou coação ilegal, concede-se a ordem de ofício.

III - A apreensão de quantidade não significativa de entorpecentes, ainda que de natureza mais deletéria, não é apta a ensejar a fixação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em patamar diverso do máximo (2/3). Precedentes.

IV - Estabelecida a reprimenda no patamar de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como tendo sido a basilar fixada no patamar mínimo legal, é possível o estabelecimento do regime prisional inicial aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal, com a substituição da pena corporal

Documento eletrônico VDA43486548 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 18/09/2024 16:10:50
Código de Controle do Documento: 362018c1-cf1d-4bb5-bc43-aa69c50cac7c

por duas penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por MINISTERIO PUBLICO FEDERAL contra a decisão monocrática que não conheceu do *habeas corpus* impetrado contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, mas concedeu a ordem de ofício para redimensionar as penas do agravado.

Consta dos autos que o agravado foi condenado pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Eldorado, no âmbito da ação penal n. 0000769-84.2017.8.26.0172, pela prática do crime capitulado no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa (fls. 30-34).

A defesa interpôs apelação criminal ao Tribunal de Justiça, que deu parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena a 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor mínimo legal (fls. 35-46).

Após o trânsito em julgado, foi proposta perante o Tribunal de Justiça a revisão criminal n. 0033996-86.2023.8.26.0000, que foi julgada improcedente (fls. 23-26), sem registro de interposição de recurso pelas partes.

Sobreveio a impetração de *habeas corpus*, sustentando a ilegalidade flagrante (i) da negativa à eleição da fração de 2/3 atinente à causa especial de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, (ii) do estabelecimento do regime inicial fechado e (iii) da negativa à substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O *habeas corpus* não foi conhecido, mas a ordem foi concedida, de ofício, para fixar o patamar máximo a título do privilégio, redimensionando a pena para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, a ser cumprida no regime inicial aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos a serem definidas pelo juízo da execução penal, mantidos os demais termos da condenação (fls. 53-58).

No regimental (fls. 69-75), o agravante requer o provimento do recurso, para que seja excluída a concessão do *habeas corpus* de ofício, ao argumento de que foi

Documento eletrônico VDA43486548 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 18/09/2024 16:10:50
Código de Controle do Documento: 362018c1-cf1d-4bb5-bc43-aa69c50cac7c

apontada pela Corte local fundamentação idônea a ensejar a fixação do patamar de 1/3 (um terço) a título de modulação da redutora do tráfico privilegiado.

É o relatório.

VOTO

Como relatado, o agravante requer o restabelecimento do acórdão do Tribunal local, mantendo-se a incidência do patamar de 1/3 (um terço) a título de modulação da redutora do tráfico privilegiado, bem como os demais termos da condenação, com o reconhecimento da ausência de ilegalidade flagrante a ser sanada na via do *writ*.

Como assinalado na decisão agravada, o *habeas corpus* não foi conhecido por ter sido manejado em substituição à recurso próprio, em alinhamento com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. DELITOS DE ROUBO EM CONCURSO MATERIAL. CUMULAÇÃO DE CAUSAS DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO.*
>
> *1. Conforme consignado na decisão agravada, o presente habeas corpus não merece ser conhecido, pois foi impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, a existência de flagrante ilegalidade justifica a concessão da ordem de ofício.*
>
> *2. [...]*
>
> *3. Agravo regimental desprovido"* (AgRg no HC n. 738.224/SP Quinta Turma, Min. Rel. Joel Ilan Paciornik, DJe de 12/12/2023).

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS ISOLADAMENTE. ELEMENTOS INSUFICIENTES PARA DENOTAR A HABITUALIDADE DELITIVA DA AGENTE. INCIDÊNCIA NA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3). REGIME ABERTO. ADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel.*

Documento eletrônico VDA43486548 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 18/09/2024 16:10:50
Código de Controle do Documento: 362018c1-cf1d-4bb5-bc43-aa69c50cac7c

Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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.

[...]

6. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC n. 857.913/SP, Quinta Turma, Min. Rel. Ribeiro Dantas, DJe de 1/12/2023).

Consoante consignado na decisão recorrida, há ilegalidade flagrante no acórdão impugnado, em razão da ausência de fundamentação idônea a ensejar a fixação da fração de 1/3 (um terço) a título do tráfico privilegiado.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

No caso concreto, o Tribunal de Apelação fixou, na primeira etapa da dosimetria, a pena-base no mínimo legal, deixando para modular, na terceira etapa, a causa especial de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006. Para tanto, se valeu da quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos (46 *eppendorfs* contendo cocaína, pesando 32g, e 28 porções de maconha, com peso bruto total de 49g), pare eleger a fração de 1/3 (um terço).

Ocorre que a modulação do privilégio do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 em 1/3 não guarda razão de proporcionalidade e caracteriza ilegalidade flagrante, passível de ser extirpada da condenação de ofício. Apesar da natureza deletéria da cocaína aprendida (32g), juntamente com 49g de maconha, em peso bruto, considero que não são quantidades significativas que desbordam da definição típico-normativa do delito do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Nesse mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DA MINORANTE. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE.

Documento eletrônico VDA43486548 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 18/09/2024 16:10:50
Código de Controle do Documento: 362018c1-cf1d-4bb5-bc43-aa69c50cac7c

PATAMAR MÁXIMO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A quantidade e a natureza da droga apreendida constituem elementos aptos a justificar a modulação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Na espécie, o montante apreendido - aproximadamente 25g (vinte e cinco gramas) de maconha e 4g (quatro gramas) de crack - não se mostra significativo o suficiente para amparar a aplicação do suscitado redutor em grau diferente do máximo.

2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 885.118/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 20/6/2024.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REFERÊNCIA A ELEMENTARES DO TIPO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. A utilização de elementos inerentes ao tipo penal, aliada a pequena quantidade de drogas apreendidas (40g de cocaína, 12g de crack, 2g de skank e 23g de maconha) não são suficientes ao afastamento da minorante, mormente quando o agravado é primário e de bons antecedentes, de modo que o benefício deve ser concedido no patamar máximo.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 886.547/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 1/7/2024.)

Assim, não há o que reparar no tocante à decisão monocrática que reconheceu a incidência do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 2/3, redimensionando a pena para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como na consequente fixação do regime prisional inicial aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal, com a substituição da pena corporal por duas penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal, a serem estabelecidas pelo juízo da execução penal.

Assim, deve ser mantida a decisão monocrática ora recorrida, uma vez que em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Documento eletrônico VDA43486548 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 18/09/2024 16:10:50
Código de Controle do Documento: 362018c1-cf1d-4bb5-bc43-aa69c50cac7c

É o voto.

Documento eletrônico VDA43486548 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 18/09/2024 16:10:50
Código de Controle do Documento: 362018c1-cf1d-4bb5-bc43-aa69c50cac7c

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0301001-8

AgRg no
HC 936.880 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00007698420178260172 00339968620238260000 339968620238260000 7698420178260172

EM MESA JULGADO: 17/09/2024

Relator
Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOÃO HELIOFAR DE JESUS VILLAR

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RAFAEL DE SOUZA BORELLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP339970
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	AMAURI RAFAEL (PRESO)
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	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	AMAURI RAFAEL (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RAFAEL DE SOUZA BORELLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP339970
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Documento eletrônico VDA43480700 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 17/09/2024 16:43:40
Código de Controle do Documento: CB0AD32B-B749-4967-8E64-B8E26BEB2770