



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 739139 - SP (2022/0126003-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : **ULISSES CORREIA DE ARAUJO JUNIOR (PRESO)**
ADVOGADO : **LUCAS OLIVEIRA - MG210586**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. QUESTÕES JÁ APRECIADAS EM IMPETRAÇÕES ANTERIORES. MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES AS TESES ORA APRESENTADAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *Habeas corpus* impetrado com as teses de que a quantidade de droga, por si só, não é suficiente para afastar a incidência do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, bem como sua consideração no agravamento do regime prisional configura indevido *bis in idem*.

As questões referentes à aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e à alteração do regime prisional já foram tratadas nos HCs n. 532.687 e n. 642.483.

Mesmo que assim não fosse, ao contrário do que afirma o agravante, o Tribunal *a quo* apresentou outros elementos, além da quantidade de droga, para afastar o § 4º e, no que diz respeito ao regime prisional, mostra-se cabível o seu agravamento, com base na quantidade de droga, não havendo *bis in idem*.

2. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 18/10/2022 a 24/10/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 24 de outubro de 2022.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 739139 - SP (2022/0126003-2)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : ULISSES CORREIA DE ARAUJO JUNIOR (PRESO)
ADVOGADO : LUCAS OLIVEIRA - MG210586
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. QUESTÕES JÁ APRECIADAS EM IMPETRAÇÕES ANTERIORES. MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES AS TESES ORA APRESENTADAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *Habeas corpus* impetrado com as teses de que a quantidade de droga, por si só, não é suficiente para afastar a incidência do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, bem como sua consideração no agravamento do regime prisional configura indevido *bis in idem*.

As questões referentes à aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e à alteração do regime prisional já foram tratadas nos HCs n. 532.687 e n. 642.483.

Mesmo que assim não fosse, ao contrário do que afirma o agravante, o Tribunal *a quo* apresentou outros elementos, além da quantidade de droga, para afastar o § 4º e, no que diz respeito ao regime prisional, mostra-se cabível o seu agravamento, com base na quantidade de droga, não havendo *bis in idem*.

2. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por ULISSES CORREIA DE ARAUJO JUNIOR contra a decisão que indeferiu liminarmente o presente *habeas corpus*, nos seguintes termos:

"Trata-se de habeas corpus no qual se busca a aplicação da causa de redução de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como a fixação de regime inicial menos gravoso, temas já apreciados nos HCs n. 532.687 e 642.483.

Assim, em razão da indevida reiteração de pedidos, indefiro liminarmente o presente habeas corpus, com fundamento no art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

O agravante sustenta que as impetrações anteriores não apreciaram a tese ora apresentada — impossibilidade de consideração da quantidade de droga na "primeira fase", para afastar o tráfico privilegiado e, concomitantemente, "na terceira fase", para agravar o regime prisional.

Também alega a presença dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como a possibilidade de fixação de regime mais brando, tendo em vista o *quantum* de pena e a sua primariedade.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o julgamento do recurso pelo órgão colegiado.

É o relatório.

VOTO

Consta dos autos que o agravante foi condenado, em primeiro grau, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, substituída por restritivas de direitos, mais 166 dias-multa, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06).

Em apelação do Ministério Público, o Tribunal *a quo* considerou a quantidade de drogas e a apreensão de *"instrumentos comumente utilizados na prática da traficância"* para afastar a incidência do § 4º. Buscando evitar a ocorrência de *bis in idem*, fixou a pena-base no mínimo legal — 5 anos. Ao final, aplicou o regime inicial fechado, tendo em vista a quantidade de droga (6,5kg de maconha), *in verbis*:

"[...] Em seguros e circunstanciados depoimentos prestados no curso da persecução penal, os policiais civis Rogério Lourenço Machado (fls. 6 e 180 mídia audiovisual) e Rafael Aparecido Carvalho de Paiva (fls. 8 e 180 mídia audiovisual) confirmaram, na essência, a imputação. Declararam que já tinham informações de que o acusado Ulisses Correia de Araújo Júnior estava envolvido na prática do tráfico de drogas. No dia dos fatos, avistaram-no, defronte de sua residência, conversando com um indivíduo (posteriormente identificado como sendo André Edvaldo Mendes de Oliveira Santos), deliberando por abordar o réu. Em poder do acusado, foi encontrada uma porção de maconha. Questionado sobre os fatos, disse que iria fazer uso da porção da droga com André. Inquirido sobre a existência de mais drogas, acabou respondendo positivamente. No interior de sua residência, foram encontrados 10 tijolos de maconha, além de 1 balança de precisão e 2 rolos de plástico filme. O acusado admitiu a propriedade das drogas e alegou que iria auferir R\$200,00,

por semana, para guardá-las, porém, sem indicar a mando de quem. Os agentes públicos esclareceram que, com tal quantia, seria possível fazer cerca de 2.000 porções de maconha, cujo lucro poderia chegar a R\$10.000,00.

[...]

4. Não é o caso de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

O acusado trazia consigo e guardava elevada quantidade de entorpecentes (quase 6,5 quilos de maconha), sendo que em sua casa ainda foram encontrados 2 rolos de plástico filme e 1 balança de precisão (instrumentos comumente utilizados na prática da traficância), num cenário a indicar um acentuado envolvimento no comércio de drogas, ou seja, a não ocasionalidade da conduta. Decididamente, cuida-se de uma situação que não combina com um novato no comércio de drogas.

Quadro, pois, a desnudar que se trata de pessoa dedicada às atividades criminosas.

[...]

5. A sanção comporta reparo.

Importa salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que a quantidade e a natureza das drogas constituem circunstâncias que, no procedimento de dosimetria da pena devem ser ponderadas tão somente em uma de suas fases, sob pena de “bis in idem” (Repercussão Geral no ARE nº666.334/AM, rel. Min. Gilmar Mendes).

Neste passo, a mesma circunstância quantidade da droga não pode ser usada para estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal e, na sequência, na terceira fase, para repelir a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06 (STF, HC nº 123.168, rel. Min. Rosa Weber; STJ, HC nº 313.930, rel. Min. Jorge Mussi; HC nº 319.343, rel. Min. Ribeiro Dantas; AgRg no Hc nº 319.133, rel. Min. Sebastião Reis Júnior; HC nº 337.341, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura).

Neste contexto, pese a elevada quantidade de droga único dado empírico que, no caso vertente, justificaria a fixação da pena-base acima do mínimo legal, trata-se de dado que foi considerado para afastar a minorante, pelo que não pode ser usada na primeira etapa da dosimetria.

Assim sendo, fixa-se a pena de partida em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase, a despeito da circunstância atenuante da confissão (art. 65, III, “d”, CP) reconhecida na r. sentença, sem oposição ministerial, a reprimenda não pode sofrer alteração, porquanto já se encontra no mínimo legal (Súmula nº 231, do STJ).

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição de pena, nada há por se cambiar, pelo que se tem uma sanção definitiva de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Por sua vez, a conduta envolveu elevada quantidade de droga, circunstância concreta que desnuda um elevado grau de culpabilidade, a impor o regime inicial fechado para a pena privativa de liberdade, sem o que não haveria suficiente reprovação e prevenção do crime. Cenário de acentuada censurabilidade do comportamento que obsta a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, sequer compatível com a quantidade da pena (artigo 44, I e III, do Código Penal). [...]” (fls. 20/25)

Inconformada, a defesa impetrou o HC n. 532.687/SP, buscando a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. O writ não foi conhecido, em acórdão assim ementado:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO FÁTICA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM BEM FUNDAMENTADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Conforme entendimento pacificado nesta Corte Superior, a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.

2. In casu, o Tribunal de origem pela inaplicabilidade do dispositivo, ante a constatação de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista a considerável quantidade de droga apreendida (6,5kg de maconha), somando-se ao fato de que estaria praticando a traficância como meio de vida.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação dos pacientes às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. Agravo Regimental desprovido."

(AgRg no HC n. 532.687/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe de 24/3/2020).

Houve, ainda, a impetração do HC n. 642.483/SP, no qual a defesa, novamente, requereu a aplicação da minorante do § 4º, acrescentando o pedido de fixação de regime mais brando. A ordem não foi conhecida:

"[...] Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Inicialmente, verifica-se que o tema referente à

aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com a consequente fixação do regime aberto e substituição da pena por restritiva de direitos, já foi submetido à apreciação desta Corte. Cuida-se, portanto, de indevida reiteração de pedido.

Confira-se, a propósito, a fundamentação apresentada:

[...]

Por fim, quanto ao regime prisional, deve-se observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º; c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, e 42 da Lei de Drogas, tendo em vista o afastamento, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, da obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Na hipótese, a quantidade da droga apreendida - 6,5 kg de maconha - demonstra a gravidade concreta da conduta criminosa e justifica a aplicação de regime mais gravoso, em observância ao disposto no Código Penal – CP, bem como à jurisprudência pacífica desta Corte.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho do acórdão impugnado:

[...]

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus."
(DJe 29/4/2021)

Daí o presente *mandamus*, impetrado com as teses de que a quantidade de droga, por si só, não é suficiente para afastar a incidência do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, bem como sua consideração no agravamento do regime prisional configura indevido *bis in idem*.

Conforme mencionado, as questões referentes à aplicação da minorante do § 4º e à alteração do regime prisional já foram tratadas nas impetrações anteriores.

Mesmo que assim não fosse, são manifestamente improcedentes as teses ora apresentadas, visto que, ao contrário do que afirma o agravante, o Tribunal *a quo* apresentou outros elementos, além da quantidade de droga, para afastar o § 4º e, no que diz respeito ao regime prisional, mostra-se cabível o seu agravamento, com base na quantidade de droga, não havendo *bis in idem*.

Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.
TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR
PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06.
DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.
REGIME FECHADO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO.
GRAVIDADE CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL
DESPROVIDO.**

1. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 é aplicável desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização

criminosa.

Na hipótese, a apreensão de elevada quantidade de droga, indicada de forma supletiva, três balanças de precisão, frascos, ampolas e embalagens para o acondicionamento de entorpecentes impediu a aplicação do § 4º, por demonstrar a dedicação do paciente a atividades criminosas. Para se afastar essa conclusão, é necessário o revolvimento fático probatório, providência incabível na via eleita. Precedentes.

2. A quantidade da droga demonstra a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 741.568/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 17/6/2022).

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 739.139 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2022/0126003-2

Número de Origem:

00011277220178260617 11277220178260617 844512021

Sessão Virtual de 18/10/2022 a 24/10/2022

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUCAS OLIVEIRA

ADVOGADO : LUCAS OLIVEIRA - MG210586

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ULISSES CORREIA DE ARAUJO JUNIOR (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 : ULISSES CORREIA DE ARAUJO JUNIOR (PRESO)

ADVOGADO : LUCAS OLIVEIRA - MG210586

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). LUCAS OLIVEIRA, pela parte: AGRAVANTE: ULISSES CORREIA DE ARAUJO JUNIOR.

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 18/10/2022 a 24/10/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 26 de outubro de 2022