



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 508.335 - SP (2019/0126200-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : CAIQUE FERNANDES BARBOSA DA SILVA
ADVOGADO : WILLIAN HOLANDA DE MOURA - SP273032
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. ARTS. 59 DO CP E 42 DA LEI DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. POSSIBILIDADE.

1. Não se pode considerar ilegal a elevação da pena-base na espécie, especialmente em se considerando que a ponderação das circunstâncias judiciais não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o juízo competente eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e a repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado, posto que foi estabelecido um aumento proporcional.

2. Na hipótese em tela, foi considerado elemento concreto, qual seja, a grande quantidade da droga apreendida, para agravar a reprimenda na primeira fase da dosimetria em patamar superior ao mínimo legalmente previsto. Precedentes.

DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEDICAÇÃO AO TRÁFICO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa.

2. No caso em análise, com base na grande quantidade de drogas apreendidas, as instâncias ordinárias concluíram que o paciente dedica-se à atividade criminosa.

3. *"Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa"* (HC 373.523/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe de 21/08/2018).

4. Embora a quantidade de entorpecentes apreendidos já tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria penal para exasperar a pena-base, nada impede que tal circunstância seja novamente considerada na terceira etapa para aferir a traficância habitual e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consequentemente, obstar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 508.335 - SP (2019/0126200-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : CAIQUE FERNANDES BARBOSA DA SILVA
ADVOGADO : WILLIAN HOLANDA DE MOURA - SP273032
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de agravo regimental interposto por CAIQUE FERNANDES BARBOSA DA SILVA contra decisão singular (e-STJ fls. 88-97) por meio da qual não se conheceu do *habeas corpus* por ser manifestamente incabível, assentando-se, ainda, a inexistência de constrangimento ilegal para fins de concessão da ordem de ofício.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, em concurso material, às penas de 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 2.083 (dois mil e oitenta e três) dias-multa (e-STJ fls. 17-31).

Interposta apelação defensiva, essa foi provida para absolver o paciente da imputação de prática do crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 32-46).

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que estariam preenchidos os requisitos necessários para a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que não restou comprovado que o paciente se dedique a atividades criminosas, além de ser primário.

Por decisão monocrática desta relatoria não se conheceu do *habeas corpus*.

Nas razões do agravo regimental (e-STJ fls. 100-106), a defesa alega que o Tribunal de origem concluiu que o paciente dedicava-se à atividades criminosas sem amparo na prova dos autos.

Pleiteia a reforma do julgado para que se reconheça a incidência da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas ao caso dos autos, além de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicar a ocorrência de *bis in idem*. Sustenta que a quantidade de drogas, por si só, não é suficiente para caracterizar o requisito mencionado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 508.335 - SP (2019/0126200-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (RELATOR): A irresignação defensiva não merece prosperar.

Isso porque, conforme asseverado na decisão ora agravada, é certo que, em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, sabe-se que o magistrado, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, bem como a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

*"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, **com preponderância** sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a **natureza e a quantidade da substância ou do produto**, a personalidade e a conduta social do agente." (Grifei.)*

Não se pode considerar ilegal a elevação da pena-base na espécie, especialmente em se considerando que a ponderação das circunstâncias judiciais não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o juízo competente eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e a repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado, posto que foi estabelecido um aumento proporcional.

Na hipótese em tela, foi considerado elemento concreto – a quantidade da droga apreendida **[4 porções de maconha, pesando cerca de 3,600 kg (três quilogramas e seiscentos gramas), 4 (quatro) porções de crack, pesando cerca de 2,950kg (dois quilogramas e novecentos e cinquenta gramas), bem como 3 (três) porções de cocaína, com peso total aproximado de 8,600kg (oito quilogramas e seiscentos gramas)]** – para agravar a reprimenda na primeira fase da dosimetria em patamar superior ao mínimo legalmente previsto, evidenciando que o aresto objurado está em consonância com o entendimento pacificado nesta Corte de que a pena-base pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa dos elementos concretos dos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse norte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. OFENSA AOS ARTS. 59 DO CP E 42 DA LEI Nº 11.343/2006. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACÓRDÃO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. INVIABILIDADE. I) RÉUS INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. DECISÃO RECORRIDA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 568/STJ. II) REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º E § 3º, DO CP. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PRETENSÃO EM DESACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. OFENSA AO ART. 617 DO CPP. I) INOVAÇÃO RECURSAL. II) REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte Superior de Justiça tem entendido que "No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado" (HC 301.872/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/03/2017). Súmula 568/STJ.

In casu, não se verifica desproporcionalidade em razão do incremento da pena-base em apenas 02 anos e 06 meses acima do mínimo legal, com fundamento na natureza e grande quantidade da droga (15.913g de cocaína - fl. 834) , mas tão somente um exercício de discricionariedade vinculada, o que é autorizado ao magistrado sentenciante, no momento da confecção da dosimetria da pena, não havendo nada de ilegal quanto a tal proceder.

(...)

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1328838/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DA ASSOCIAÇÃO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. APONTADA ILEGALIDADE NA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES E ASSOCIAÇÃO DE GRANDE PORTE, LIGADA A CONHECIDA FACÇÃO CRIMINOSA. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO. QUANTUM PROPORCIONAL. PONDERAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES E AGRAVAMENTO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA PELA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. ILEGALIDADE INEXISTENTE. CRIME PRATICADO DURANTE O CUMPRIMENTO DE PENA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DE AUMENTO. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO, NÃO OBSTANTE A AFIRMAÇÃO DO JUÍZO SENTENCIANTE NO SENTIDO DE QUE INCIDIRIA EM 1/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

4. A quantidade e natureza dos entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes

(...)

10. Habeas corpus não conhecido. (HC 417.296/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018)

Diante de tais fundamentos, verifica-se que não há reparação a ser feita no acórdão impugnado quanto ao ponto, porque, atento às diretrizes do art. 59 do Código Penal, o Tribunal de origem indicou, especificamente, dentro desses parâmetros, os motivos concretos pelos quais considerou o vetor desfavorável.

Quanto à incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, este Sodalício firmou o entendimento de que *"a criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização"* (REsp 1329088/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/3/2013, DJe 26/4/2013).

Sobre a aplicação da benesse legal, a sentença assim decidiu (e-STJ fl. 29):

"Na terceira fase, não se reconhece a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º da Lei de Drogas, pois a enorme quantidade de drogas indica que os denunciados estão envolvidos em atividades criminosas."

A Corte a quo manteve a sentença incólume, com os seguintes fundamentos (e-STJ fl. 45):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Na terceira fase, embora afastada a associação criminosa, os acusados não fazem jus ao redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas ante a expressiva quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, nos precisos termos do artigo 42, do mesmo diploma legal."

Do trecho acima colacionado, verifica-se que as instâncias ordinárias concluíram que o paciente se dedica ao tráfico, tendo em vista a enorme quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, a saber: 3,600kg de maconha, 2,950kg de crack, bem como 8,600kg de cocaína.

O entendimento acima externado alinha-se à jurisprudência desta Corte Superior, que se posiciona no sentido de que a quantidade elevada de entorpecentes constitui elemento idôneo para aferir a traficância habitual e, conseqüentemente, afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO DESPROVIDO.
[...]

II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na grande quantidade de drogas apreendidas (2,206 kg de cocaína), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Rever esse entendimento demandaria revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

Precedentes.

IV - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

V - In casu, o regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, parágrafo 2º, b, e parágrafo 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 481.005/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe de 01/04/2019, sem grifos no original.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REFAZIMENTO. EXCEPCIONALIDADE. CRITÉRIO TRIFÁSICO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. PROPORCIONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA (140kg DE MACONHA). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DO AGRAVANTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O refazimento da dosimetria da pena em habeas corpus tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, e, no caso de fundamentação baseada na quantidade e/ou natureza dos entorpecentes, aplica-se o art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tipo penal básico.

No caso dos autos, mostra-se razoável o aumento da pena inicial justificado na quantidade da droga apreendida (140kg de maconha), considerando, sobretudo, a gravidade do fato e os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas (5 a 15 anos de reclusão).

3. A exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada a elementos concretos (AgInt no HC 352.885/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 9/6/2016).

4. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas ao caso concreto, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pelo "transporte de 140 kg de maconha, de forma estruturada, com a participação de pelo menos quatro pessoas, incluindo a que entregou a droga, bem como a entrega do veículo com placa de Presidente Prudente/SP devidamente preparado para o transporte da droga" (fl. 737), está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça.

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

5. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal - STF.

6. Sedimentou-se, ainda, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, o regime inicial de cumprimento de pena não merece reparo. Dessarte, embora a reprimenda definitiva tenha permanecido em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, a manutenção do regime inicial fechado se impõe pela fixação da pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista a quantidade de substância entorpecente apreendida (140 quilos de maconha), em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n.

11.343/06.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 466.959/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe de 01/04/2019; sem grifos no original.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Outrossim, embora a quantidade de entorpecentes apreendidos já tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria penal para exasperar a reprimenda de piso, nada impede que tal circunstância seja novamente considerada na terceira etapa para aferir a traficância habitual e, conseqüentemente, obstar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Isso porque, "[d]e acordo com a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior de Justiça, não há bis in idem quando a quantidade da droga apreendida, apesar de utilizada na primeira etapa da dosimetria para justificar a elevação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de seu reconhecimento, por indicar que o agravante fazia do tráfico ilícito de drogas seu meio de vida." (AgRg no REsp 1.580.686/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe de 01/02/2017), como ocorrido *in casu*.

No mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA PARA ELEVAÇÃO DA PENA-BASE (ART. 42, LAD) E DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA PARA O AFASTAMENTO DA REDUTORA DO TRÁFICO. FUNDAMENTOS DIVERSOS. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO DO ART. 617, DO CPP. INOCORRÊNCIA. PLEITOS DA ACUSAÇÃO DEVIDAMENTE FORMULADOS NO RECURSO DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. PRECEDENTES PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

V - Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o eg. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o bis in idem quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena.

VI - Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de bis in idem.

VII - A col. Suprema Corte preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. VIII - Na hipótese, a majoração da pena-base está fundada na quantidade de drogas apreendidas, ao passo que o afastamento da minorante ocorreu pela dedicação às atividades criminosas. Fatos distintos, portanto, inexistindo bis in idem.

IX - A jurisprudência da Quinta Turma deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial.

X - No ponto, a acusação requereu o conhecimento e provimento do apelo à fl. e-STJ 89, para reformar a sentença quanto a dosimetria da pena da acusada, a fim de afastar a redutora do tráfico de drogas, com consequente aumento da pena e demais reflexos, ou seja, quanto a modificação no regime pelo novo quantum de pena privativa de liberdade, inexistindo violação ao art. 617, do Código de Processo Penal.

XI - A quantidade entorpecentes foi utilizada como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 483.227/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe de 19/03/2019; sem grifos no original.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E INAPLICABILIDADE DA MINORANTE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

2. Esta Corte tem posicionamento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Hipótese em que a Corte de origem sopesou validamente a quantidade e a natureza da droga apreendida (1,05 kg de cocaína) na primeira etapa da dosimetria penal, para exasperar a pena-base em 6 meses de reclusão, e na terceira fase, para justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que tais vetores indicam a habitualidade delitiva da agravante.

4. Ademais, concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade do entorpecente apreendido, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que a agravante se dedica a atividade criminosa, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.

Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 472.650/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe de 26/02/2019; sem grifos no original.)

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0126200-6

AgRg no
HC 508.335 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00044612620188260635 19962018 20190000058886 44612620188260635

EM MESA

JULGADO: 27/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: WILLIAN HOLANDA DE MOURA
ADVOGADO	: WILLIAN HOLANDA DE MOURA - SP273032
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CAIQUE FERNANDES BARBOSA DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: ADRIANO VASSALO CANDIDO
CORRÉU	: IGOR DE SOUZA GUIMARAES
CORRÉU	: LUCAS CONCEICAO SILVA
CORRÉU	: ADRIANO JOSIAS DA CONCEICAO

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	: CAIQUE FERNANDES BARBOSA DA SILVA
ADVOGADO	: WILLIAN HOLANDA DE MOURA - SP273032
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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.