



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 745106 - SP (2022/0160843-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : DAVI DE CARVALHO (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL LUIZ SANTOS PIO JUNIOR - SP453604
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. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA, ALIADAS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS INDICATIVAS DE DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVISÃO DE ENTENDIMENTO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão da expressiva quantidade de entorpecente apreendido – aproximadamente 130kg de maconha –, aliadas às demais circunstâncias (alto valor da carga, transporte interestadual, acondicionamento da substância em compartimento do veículo especialmente construído para essa finalidade, etc.) demonstrando que o acusado dedicava-se à atividade criminosa, pois o transporte da droga foi previamente calculado com estratégias para ajudar na execução do intento criminoso.

2. A reforma do entendimento firmado pela instância ordinária, para afastar o entendimento de que o recorrente se dedicava às atividades criminosas e, assim, aplicar a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei Federal n. 11.343/06, demanda, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada na via eleita.

3. A quantidade e a natureza da droga apreendida, aliadas aos outros elementos probatórios coligidos aos autos, demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

4. Agravo regimental desprovido.

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 Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de agosto de 2022.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 745106 - SP (2022/0160843-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : DAVI DE CARVALHO (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL LUIZ SANTOS PIO JUNIOR - SP453604
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. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA, ALIADAS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS INDICATIVAS DE DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVISÃO DE ENTENDIMENTO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão da expressiva quantidade de entorpecente apreendido – aproximadamente 130kg de maconha –, aliadas às demais circunstâncias (alto valor da carga, transporte interestadual, acondicionamento da substância em compartimento do veículo especialmente construído para essa finalidade, etc.) demonstrando que o acusado dedicava-se à atividade criminosa, pois o transporte da droga foi previamente calculado com estratégias para ajudar na execução do intento criminoso.

2. A reforma do entendimento firmado pela instância ordinária, para afastar o entendimento de que o recorrente se dedicava às atividades criminosas e, assim, aplicar a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei Federal n. 11.343/06, demanda, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada na via eleita.

3. A quantidade e a natureza da droga apreendida, aliadas aos outros elementos probatórios coligidos aos autos, demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

4. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental interposto por DAVI DE CARVALHO contra a decisão que indeferiu liminarmente o *presente habeas corpus*.

Em suas razões, a Defesa afirma que *“o Agravante cometeu fato típico previsto no § 4º, do art. 33, de modo que não houve qualquer circunstância probatória segura que levasse à conclusão de que o Agravante estava na posse do entorpecente para comercialização, apesar da Denúncia. Além disso, a quantidade de droga apreendida não é quantidade exorbitante a ponto de afastar a análise a benesse prevista no § 4º, do art. 33”* (fl. 69).

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* ou o provimento do agravo regimental, para conceder, *in totum*, a ordem pleiteada.

VOTO

Não obstante os esforços da Defesa, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Consta dos autos que o agravante foi preso em flagrante transportando 181 tabletes de maconha, com peso aproximado de 130kg, razão pela qual foi condenado em primeiro grau, como incurso nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas e associação para o tráfico).

No julgamento da apelação criminal, o Tribunal *a quo* absolveu-o da segunda imputação, mantendo incólume a reprimenda do tráfico, com estes fundamentos (fls. 28/29):

“Quanto à dosimetria, observa-se que a pena-base para o crime remanescente foi fixada no menor patamar para a espécie, ou seja, em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, no piso mínimo, incidindo em seguida o adequado aumento de um sexto, com fundamento no artigo 40, V, da Lei Antidrogas, por estar caracterizado o tráfico entre estados da Federação, de tal forma que as penas alcançaram cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, no piso mínimo.

Muito embora tenha sido agora o réu absolvido do crime de associação para o tráfico, é bem de ver que a vultosa quantidade de tóxico apreendido -quase cento e trinta quilos de maconha-, que possui expressivo valor e permitiria atingir grande número de usuários, não recomendava mesmo a aplicação do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, reservado somente para a hipótese de pequeno traficante, surpreendido com quantidade pouco significativa de tóxicos, que muitas vezes disso se vale para manter o próprio vício, situação na qual o réu evidentemente não se enquadra, como bem decidido na sentença.

Com efeito, como anotado na sentença, a expressiva quantidade de entorpecente escondida em fundo falso do veículo conduzido pelo réu entre estados da

federação bem revela o seu vínculo com o tráfico organizado e indica de forma clara sua dedicação à essa atividade criminosa, pois é sabido que nenhuma organização criminosa ou traficante de grande expressão confia a um desconhecido tamanho montante de droga, de grande valor no mercado, correspondendo o risco de que tal pessoa simplesmente desapareça com a carga. É preciso de fato conhecimento e confiança para o exercício dessa atividade de transporte de carga de tamanha importância para o crime organizado, situação essa de todo incompatível com o tratamento benevolente que o acusado busca obter. Na verdade, em tais hipótese é preciso punir o acusado com o devido rigor, na exata medida de sua culpabilidade em função da gravidade do fato delituoso, até como forma de desestimular comportamentos dessa natureza.

O montante da pena carcerária imposta impediu a substituição dela por penas restritivas de direitos e embora não se ignore a primariedade do réu, cumpre manter o regime prisional inicial fechado estabelecido na sentença, porque é o que melhor se amolda à gravidade concreta do comportamento delituoso, de elevadíssima censurabilidade, porquanto versou transporte interestadual de cerca de cento e trinta quilos de maconha, a bem indicar a audácia e temibilidade do apelante, que deve, por isso mesmo, cumprir todos os estágios no processo de ressocialização penal."

Impõem-se ressaltar que em relação à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o entendimento das instâncias ordinárias está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, no sentido de que a expressiva quantidade de entorpecente apreendido – aproximadamente 130kg de maconha –, aliadas às demais circunstâncias (alto valor da carga, transporte interestadual, acondicionamento da substância em compartimento do veículo especialmente construído para essa finalidade, etc.) demonstram que o acusado se dedicava à atividade criminosa, pois o transporte da droga foi previamente calculado com estratégias para ajudar na execução do intento criminoso.

Segue entendimento desta Corte Superior reiterando tal entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. 1) APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA, ALIADAS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS INDICATIVAS DE DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. 2) REVISÃO DE ENTENDIMENTO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ. 3) INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA

DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL STF. 4) REGIME INICIAL. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO, NO CASO, 8 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. 5) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão da quantidade e natureza da droga apreendida 34 kg de cocaína -, aliadas às demais circunstâncias (transporte interestadual em automóvel preparado) indicativas de que o acusado se dedicava à atividade criminosa.

1.1 Esse entendimento está alinhado com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida, aliadas às circunstâncias indicativas de que o acusado se dedica a atividades criminosas, é fator impeditivo à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

2. A reforma do entendimento firmado pela instância ordinária, para afastar o entendimento de que o recorrente se dedicava às atividades criminosas e, assim, aplicar a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei Federal n. 11.343/06, demanda, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula n. 7/STJ.

3. A utilização da quantidade/natureza da droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para, junto com outras circunstâncias do caso concreto, afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase), por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

4. Fixada a reprimenda em 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado, conforme preceitua o art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal, quantum de pena que também impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.953.547/MG, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 8/10/2021).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. SÚMULA 231 DO STJ. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO

REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora o recorrente possuísse menos de 21 anos na data dos fatos e não obstante haja confessado a prática do delito, não há como a sua reprimenda ser reduzida na segunda fase da dosimetria, em razão de a sua pena-base já haver sido estabelecida no mínimo legal. Inteligência da Súmula n. 231 do STJ.

2. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

3. No caso, as instâncias ordinárias, dentro do seu livre convencimento motivado, consideraram, com base nos elementos concretos constantes dos autos, que as circunstâncias em que perpetrado o delito de tráfico interestadual de drogas não se compatibilizariam com a posição de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, no seio dos objetivos de uma organização criminosa, o que afasta a apontada violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

4. Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o recorrente não se dedicaria a atividades delituosas ou de que não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada em recurso especial, a teor do que estabelecido na Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.895.013/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 21/10/2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INDEFERIMENTO MOTIVADO. DEDICAÇÃO DA PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas foi afastada com base nas circunstâncias concretas do crime, tendo sido ressaltado o *modus operandi* empregado, o planejamento, a divisão de tarefas, bem como o grande investimento financeiro empregado para o transporte interestadual de vultosa quantidade de drogas.

2. Nesse contexto, para se desconstituir o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias acerca da

dedicação da Agravante à atividade criminosa e, por conseguinte, concluir pelo preenchimento dos requisitos previstos no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, seria necessário proceder ao reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é possível no recurso especial, conforme se extrai da Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.970.845/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 30/11/2021).

Em relação ao regime prisional, registro que a quantidade e a natureza da droga apreendida na empreitada criminosa, aliadas aos outros elementos probatórios coligidos aos autos, demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, inclusive o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. Nesse diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PROCESSOS EM CURSO E REGISTRO DE ATOS INFRACIONAIS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTO VÁLIDO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência dessa Corte Superior pacificou o entendimento no sentido de que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (EResp n. 1.431.091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 1º/2/2017). Na mesma esteira é o entendimento desta Corte no sentido de que registros de atos infracionais cometidos pelo réu, especialmente quando análogos ao delito de tráfico, são aptos a afastar a incidência do benefício (AgRg no REsp 1560667/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 23/10/2017).

2. No caso, o Tribunal a quo, em virtude da existência de anotações de processos em curso e de registros da prática de atos infracionais análogos ao delito de tráfico, entendeu que o paciente se dedica a atividades criminosas, de forma que não foram atendidas as diretrizes exigidas para o reconhecimento do privilégio.

3. A gravidade concreta do delito, evidenciada pela expressiva quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, o que foi efetivamente esclarecido pelo

acórdão impugnado, é fundamento idôneo para recrudescer o regime prisional. Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou ainda outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, é condição apta a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta.

4. Uma vez inalterado o quantum de pena privativa de liberdade, o qual permanece em patamar superior a 4 anos de reclusão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de cumprimento do requisito objetivo, previsto no art. 44 do Código Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 645.218/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 8/3/2021).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. 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; AgRg 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.

2. Nos 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.

3. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em 10 meses de reclusão com fundamento na quantidade e na diversidade dos entorpecentes - 580,8g de maconha, 48,3g de cocaína, 25,2g de haxixe e 10,4g de crack -, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos).

4. 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 integrarem organizações criminosas.

5. Concluído pelo Juiz sentenciante e o Tribunal de origem que as circunstâncias fáticas do delito indicam serem os réus habituais na atividade criminosa, uma vez que foram surpreendidos, após denúncia anônima de estarem traficando em uma viela, com expressiva e variada quantidade de drogas - 448 invólucros plásticos de maconha (580, 8g), 129 microtubos de cocaína (48,3g), 46 porções de haxixe (25,2g) e 77 invólucros plásticos de crack (10,4g) -, sendo recolhido, ainda, com o paciente R\$ 1.545,55 em notas trocadas (e-STJ, fl. 763), 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.

6. Esta Corte tem entendimento 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.

7. Embora o paciente seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais (quantidade e variedade dos entorpecentes), nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 640.643/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 8/3/2021).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS (MAIS DE 240 PORÇÕES DE DIVERSAS NATUREZAS). ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 33, § 3º, DO CP. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES.

1. Há precedentes desta Casa segundo os quais, concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente integrava organização criminosa ou, ao menos, dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto

não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus (HC n. 372.505/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta turma, DJe 16/12/2016).

2. Também há julgados expondo que é possível que o órgão julgador, ao analisar o caso concreto, em observância do princípio da individualização da pena, determine o regime de seu cumprimento mais severo, dependendo das circunstâncias judiciais do apenado.

3. Hipótese em que o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas foi devidamente fundamentado, não se vislumbrando, nesse ponto, ilegalidade flagrante, passível de correção por meio de habeas corpus. Isso porque, tendo as instâncias ordinárias reconhecido situação impeditiva da aplicação da causa especial de redução da pena, com base nas circunstâncias fáticas (quantidade de porções e variedade de tipos de drogas, bem como na forma como se deu a prisão do agente), para modificar tal entendimento, seria necessário o procedimento inadmissível e incabível na via eleita.

4. No caso, foi fixado o regime prisional fechado, com base em motivação concreta, tendo sido destacada a relevante quantidade (mais de 240 porções), diversidade (crack, cocaína, maconha, lança- perfume e ecstasy) e natureza dos entorpecentes apreendidos.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 538.191/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 29/9/2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. LIMITE OBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há como aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando verificado que a Corte de origem - dentro do seu livre convencimento motivado - apontou elementos concretos dos autos que evidenciam a dedicação do acusado a atividades criminosas.

2. As peculiaridades do caso concreto (quantidade e natureza da droga) justificam a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada.

3. Fica mantida a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal (sanção superior a 4 anos de reclusão).

4. Ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas que permitam a análise do caso sob outro enfoque, deve

ser mantida a decisão agravada.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 556.796/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 17/6/2020).

Desse modo, inexistente flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0160843-3

**AgRg no
HC 745.106 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Número Origem: 15005589620218260571

EM MESA

JULGADO: 02/08/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAFAEL LUIZ SANTOS PIO JUNIOR
ADVOGADO : RAFAEL LUIZ SANTOS PIO JUNIOR - SP453604
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVI DE CARVALHO (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 : DAVI DE CARVALHO (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL LUIZ SANTOS PIO JUNIOR - SP453604
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 Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.