



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 581.210 - SP (2020/0112772-1)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : ROBSON JUVENCIO DE OLIVEIRA BATISTA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EDUARDO CIACCIA RODRIGUES CALDAS - SP349334
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE **BIS IN IDEM**. UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE E DA DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. EXASPERAR A PENA-BASE. AFASTAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO. INOVAÇÃO RECURSAL. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE **BIS IN IDEM**. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESTA EXTENSÃO, **DESPROVIDO**.

I – Alegação de **bis in idem**, ante a utilização da quantidade e da diversidade das drogas apreendidas tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar o tráfico privilegiado - não foi suscitada por ocasião da impetração do **habeas corpus**, tratando-se de inovação recursal. Na linha de orientação jurisprudencial desta Corte, mostra-se inadmissível a apreciação de teses não aventadas pela defesa na inicial do **writ**. Precedentes. À vista disso, a referida circunstância inviabiliza, **inclusive**, a concessão da ordem de ofício, uma vez que esta Corte não pode examinar matéria, por ordem de ofício, que não foi refutada na sua origem.

II - Convém esclarecer que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

III- Cumpre destacar que *"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"* (HC n. 452.147/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 14/08/2018).

IV - Na hipótese em foco, a quantidade, a diversidade e a natureza do entorpecente - 226,3 g de cocaína; 79,8 g de crack; 7,5 de haxixe; e 493,8 g de maconha (fl. 25) – são elementos que ensejam a aplicação do regime fechado, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, a, e § 3º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

V - Inexiste **bis in idem**, quando a quantidade e a diversidade de drogas apreendidas são utilizadas para recrudescer o regime inicial e, ao mesmo tempo, agravar a situação do réu, seja na primeira fase, seja na segunda fase.

Agravo regimental parcialmente conhecido, e, nesta extensão, **desprovido**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente agravo regimental e, nessa parte, negar-lhe provimento.

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

Brasília (DF), 25 de agosto de 2020(Data do Julgamento)

Ministro FELIX FISCHER

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 581.210 - SP (2020/0112772-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : **ROBSON JUVENCIO DE OLIVEIRA BATISTA (PRESO)**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
EDUARDO CIACCIA RODRIGUES CALDAS - SP349334
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 FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por ROBSON JUVENCIO DE OLIVEIRA contra a decisão de fls. 75-82, que não conheceu do habeas corpus.

Nas razões do inconformismo (fls. 88-119), a parte insurgente alega que “a quantidade e diversidade de drogas foi utilizada para aumentar a pena-base e afastar a causa de diminuição da pena, configurando **bis in idem**. De rigor, portanto, que a pena-base seja fixada no mínimo legal” (fl. 90).

Aduz que “a quantidade e variedade das drogas apreendidas foram os únicos fundamentos apresentados pelas instâncias de origem para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado à paciente. Todavia, essas circunstâncias isoladas e dissociadas de outros elementos, apenas evidenciam o crime de tráfico, e não possuem aptidão para se concluir que ela vinha se dedicando à traficância com habitualidade, ou mesmo, que integrava uma organização criminosa, e lhe negar a incidência do redutor” (fl. 91).

Pondera que “em que pese o entendimento de que não configura **bis in idem** a utilização do mesmo fato na aplicação da pena e na fixação do regime, no caso dos autos o mesmo fator foi utilizado em três oportunidades: para agravar a pena na 1º fase da sua aplicação, na 3º fase, para afastar a minorante e, por fim, para fixar o regime fechado” (fl. 93).

Requer a reconsideração da decisão agravada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por manter a decisão agravada, submeto o agravo regimental à apreciação da **Quinta Turma**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 581.210 - SP (2020/0112772-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : ROBSON JUVENCIO DE OLIVEIRA BATISTA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EDUARDO CIACCIA RODRIGUES CALDAS - SP349334
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE **BIS IN IDEM**. UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE E DA DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. EXASPERAR A PENA-BASE. AFASTAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO. INOVAÇÃO RECURSAL. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE **BIS IN IDEM**. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESTA EXTENSÃO, **DESPROVIDO**.

I – Alegação de **bis in idem**, ante a utilização da quantidade e da diversidade das drogas apreendidas tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar o tráfico privilegiado - não foi suscitada por ocasião da impetração do **habeas corpus**, tratando-se de inovação recursal. Na linha de orientação jurisprudencial desta Corte, mostra-se inadmissível a apreciação de teses não aventadas pela defesa na inicial do **writ**. Precedentes. À vista disso, a referida circunstância inviabiliza, **inclusive**, a concessão da ordem de ofício, uma vez que esta Corte não pode examinar matéria, por ordem de ofício, que não foi refutada na sua origem.

II - Convém esclarecer que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

III- Cumpre destacar que *"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"* (HC n. 452.147/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 14/08/2018).

IV - Na hipótese em foco, a quantidade, a diversidade e a natureza do entorpecente - **226,3 g de cocaína; 79,8 g de crack; 7,5 de haxixe; e 493,8 g de maconha (fl. 25)** – são elementos que ensejam a aplicação do regime fechado, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, a, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

V - Inexiste **bis in idem**, quando a quantidade e a diversidade de drogas apreendidas são utilizadas para recrudescer o regime inicial e, ao mesmo tempo, agravar a situação do réu, seja na primeira fase, seja na segunda fase.

Agravo regimental parcialmente conhecido, e, nesta extensão, **desprovido**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): Compulsando os autos, verifica-se que a matéria aventada nas razões do regimental – ocorrência de **bis in idem**, ante a utilização da quantidade e da diversidade das drogas apreendidas tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar o tráfico privilegiado - não foi suscitada por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocasião da impetração do **habeas corpus**, tratando-se de inovação recursal.

Na linha de orientação jurisprudencial desta Corte, mostra-se inadmissível a apreciação de teses não aventadas pela defesa na inicial do **writ**, consoante os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. NÃO OCORRÊNCIA. MERA IRRESIGNAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. INVIABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nos ditames do art. 619 do Código de Processo Penal, bem como para sanar eventual erro material.

2. Na espécie, não ocorreu a alegada contradição, porquanto, de acordo com a decisão administrativa de 15/12/2014, o acusado não foi afastado do cargo de Delegado, apenas foi designado "para o exercício de atividades exclusivamente burocráticas", com o recolhimento da carteira funcional, distintivo, algemas, arma e proibição do porte de arma (e-STJ fls. 528/529).

3. Além disso, a tese de desnecessidade da prisão cautelar, em razão do suposto encerramento da instrução do processo, não foi submetida ao Tribunal de origem, tendo a defesa alegado diretamente nesta Corte, o que é vedado, sobretudo em sede de embargos de declaração, por caracterizar inovação recursal. Precedentes.

4. Embargos de declaração rejeitados" (EDcl no RHC n. 61.120/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 02/05/2016).

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO DELITIVA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANTERIOR SENTENÇA PROFERIDA EM DESFAVOR DO AGRAVANTE. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIR, DA ANÁLISE DA FOLHA DE ANTECEDENTES, A GRAVIDADE DOS ATOS ANTERIORES IMPUTADOS AO MENOR. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. É inadmissível a apreciação, em agravo regimental, de tese que não foi alegada na inicial do remédio constitucional, pois à parte é vedado inovar quando da interposição do recurso interno, conforme jurisprudência deste Tribunal Superior. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no HC n. 245.276/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Leopoldo De Arruda Raposo** (Desembargador convocado do TJ/PE), DJe de 17/6/2015).

"[...] ANÁLISE DE TESE AVENTADA APENAS NO AGRAVO REGIMENTAL. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Inviável o exame de suposta violação ao princípio da presunção de inocência e à Súmula 444/STJ, porquanto tais matérias somente foram trazidas à discussão em sede de agravo regimental, providência vedada pela jurisprudência deste Tribunal Superior, por revelar nítida inovação recursal. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 309.028/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 28/5/2015, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE ELEVADA DE DROGA. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. PROGRESSÃO DE REGIME. MATÉRIA NÃO ARGUIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INOVAÇÃO RECURSAL.

1. A questão relativa à progressão de regime prisional não consta nas razões da petição inicial, nem sequer foi levada tal pretensão ao Juízo da Execução, razão por que não pode ser agora examinada, sob pena de inovação recursal.

2. No caso em exame, o Tribunal de origem apresentou fundamentos concretos para manter o regime mais gravoso, considerando especialmente a diversidade e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, além do fato de as circunstâncias judiciais serem desfavoráveis ao paciente, razão pela qual a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. 3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 308.942/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 16/4/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

À vista disso, a referida circunstância inviabiliza, **inclusive**, a concessão da ordem de ofício, uma vez que esta Corte não pode examinar matéria, por ordem de ofício, que não foi refutada na sua origem.

Em relação à alegação de **bis in idem**, consistente na utilização da quantidade e da diversidade de drogas apreendidas na fixação de regime inicial fechado e em outros pontos concernentes à dosimetria da pena, afirmo inexistir nenhuma ilegalidade.

Antes de mais nada, convém esclarecer que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Ciente disso, cumpre destacar que *"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"* (HC n. 452.147/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 14/08/2018).

Na hipótese em foco, a quantidade, a diversidade e a natureza do entorpecente - **226,3 g de cocaína; 79,8 g de crack; 7,5 de haxixe; e 493,8 g de maconha (fl. 25)** – são elementos que ensejam a aplicação do regime fechado, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, a, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

Sobre o tema colaciono os seguintes arestos:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA AO TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

3. *Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade e na diversidade das substâncias apreendidas (181,6g de maconha, 18,6g de cocaína, 8,2g crack e 9 frascos de lança perfume) que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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.*

4. *Embora o paciente seja primário e pena tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantia, a variedade e a espécie das drogas apreendidas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o art. 59 e 33 do Código Penal.*

[...]

6. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 488.679/SP, Quinta Turma Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 11/06/2019, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. *A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a majoração da pena-base. Precedentes.*

2. *Fixada pena final superior a quatro anos e presente circunstância judicial desfavorável, é lícita a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 c/c os arts. 59 e 33, § 3º, ambos do Código Penal. Precedentes.*

3. *Agravo regimental improvido*" (AgRg no HC n. 380.021/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 22/3/2017 - grifei).

Assinale-se inexistir **bis in idem**, quando a quantidade e a diversidade de drogas apreendidas são utilizadas para recrudescer o regime inicial e, ao mesmo tempo, agravar a situação do réu, seja na primeira fase, seja na segunda fase.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Veja-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE DA ELEVAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RELEVANTE QUANTIDADE DE DROGA. NATUREZA ESPECIALMENTE NOCIVA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTO CONCRETO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. É firme esta Corte no sentido de que, em regra, o aumento da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada vetorial negativa, exceto quando evidenciado, por meio de elementos concretos do caso, a maior gravidade da conduta, como ocorre no caso, em que a apreensão de quase 50kg de cocaína, justifica maior incremento, haja vista a relevante quantidade e a natureza especialmente nociva da droga arrecadada.

2. **Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamentos idôneos tanto para justificar a imposição do regime mais severo, quanto para a exasperação da pena-base, não havendo, pois, que se falar em ofensa ao bis in idem, uma vez que para o estabelecimento do modo inicial de expiação da reprimenda devem ser consideradas as circunstâncias judiciais valoradas para a realização da dosimetria da pena, consoante prescreve o art. 33, § 3º, do CP.**

3. *Agravo regimental improvido” (AgRg no HC n. 571.983/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 08/06/2020, grifei).*

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E RESISTÊNCIA. PENA-BASE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO MOTIVADA PELA EXPRESSIVA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM DEDICAÇÃO HABITUAL À TRAFICÂNCIA, INCLUSIVE A QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E QUE NÃO EXCEDE 8 ANOS DE RECLUSÃO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS, SOPESADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

2. Não ocorre **bis in idem** quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do agente a atividades criminosas, evidenciada pelas circunstâncias que envolveram a prática delitiva, com destaque para a quantidade expressiva de entorpecentes apreendidos.

3. **Hipótese em que a quantidade da droga apreendida, apesar de embasar a exasperação da pena-base, não foi utilizada para definir o patamar da fração redutora, mas sim como um dos elementos de convicção para concluir que a paciente traficava com habitualidade e, conseqüentemente, não preenche um dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, qual seja, não se dedicar a atividades criminosas.**

[...]

5. **A valoração negativa da quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. Precedentes.**

6. **No caso, embora a paciente seja primária, condenada a pena privativa de liberdade superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, as circunstâncias do crime - expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos -, sopesadas na primeira fase da dosimetria, é circunstância idônea e suficiente para o recrudesimento do regime prisional, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.**

7. Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos de reclusão, resulta inviável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

8. **Habeas corpus não conhecido**” (HC n. 477.867/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, DJe 18/02/2019, grifei).

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. NATUREZA, VARIEDADE, NOCIVIDADE E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIALMENTE FECHADO DE CUMPRIMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **BIS IN IDEM**. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

2. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. Na espécie, o Tribunal de Justiça, com base, sobretudo, na natureza, variedade, nocividade e quantidade das drogas apreendidas (maconha e "crack"), respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em observância aos pormenores da situação concreta, excluiu a possibilidade de aplicação do pretendido redutor em grau máximo.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicialmente fechado de cumprimento da pena com base nas circunstâncias do caso concreto, em consonância com a jurisprudência firmada por esta Corte, para quem a natureza, a quantidade e/ou variedade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação de regime penal mais gravoso (art. 42 da Lei n. 11.343/2006). Precedentes.

5. Tendo em vista que a reprimenda aplicada ao paciente é superior a 4 (quatro) anos de reclusão, mostra-se inviável a substituição da pena, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

6. Agravo regimental desprovido” (AgRg no HC n. 348.208/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 06/11/2017, grifei).

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do agravo regimental, e, nesta extensão **nego-lhe provimento**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0112772-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 581.210 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012844220188260542 12844220188260542 20190000210577

EM MESA

JULGADO: 25/08/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EDUARDO CIACCIA RODRIGUES CALDAS - SP349334
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON JUVENCIO DE OLIVEIRA BATISTA (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 : ROBSON JUVENCIO DE OLIVEIRA BATISTA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EDUARDO CIACCIA RODRIGUES CALDAS - SP349334
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, conheceu parcialmente agravo regimental e, nessa parte, negou-lhe provimento."

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