



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 550.616 - SP (2019/0366595-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : GUSTAVO NASCIMENTO PRADO (PRESO)
ADVOGADOS : CARLOS HENRIQUE CREDENDIO - SP110780
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIANA PAGANO GIL - SP251644
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* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO *HABEAS CORPUS*. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO EM LEI. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

– A legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tampouco em razão de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

– Ademais, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juízo, ao fixar a pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 11.343/2006.

– Na espécie, a pena-base do paciente foi exasperada em 3 anos, com fulcro na diversidade e expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos – *32 porções de maconha, pesando 20,395 quilogramas e 6 seguimentos plásticos contendo 547,800 gramas de cocaína* (e-STJ, fl. 29) –, fundamentação idônea que serviu para negatizar a vetorial circunstâncias do delito e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e à jurisprudência pacificada desta Corte Superior. Precedentes.

– Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa*.

– Inexiste o suscitado *bis in idem*, porquanto o reconhecimento do tráfico privilegiado foi negado ao paciente, não apenas em virtude da expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas – *20,395 quilogramas de maconha e 547,800 gramas de cocaína* (e-STJ, fl. 29) –, mas principalmente devido à apreensão de petrechos destinados à mercancia, tais como, *duas balanças de precisão, dois rolos de papel filme e um saco contendo cápsulas plásticas vazias* (e-STJ, fl. 30), associado ao fato de o próprio paciente haver confessado informalmente o exercício da narcotraficância, de modo que todas essas circunstâncias denotam que ele não se tratava de traficante eventual. Precedentes.

– Apesar de o montante da pena (5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão) permitir, em tese, a fixação do regime intermediário, deve ser mantido o regime prisional mais gravoso, haja vista a existência de circunstância judicial desfavorável, a qual justificou o incremento da pena-base em 3 anos, o que está em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior. Precedentes.

– É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não atendimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

– Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de setembro de 2020(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 550.616 - SP (2019/0366595-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : GUSTAVO NASCIMENTO PRADO (PRESO)
ADVOGADOS : CARLOS HENRIQUE CREDENDIO - SP110780
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIANA PAGANO GIL - SP251644
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 REYNALDO SOARES DA FONSECA
(Relator):

GUSTAVO NASCIMENTO PRADO agrava regimentalmente contra decisão de minha Relatoria, na qual não conheci do *writ* porque substitutivo de recurso próprio. Não obstante isso, ao analisar os autos, concluí que as pretensões formuladas pela impetrante encontravam óbice na jurisprudência pacificada desta Corte de justiça, e na legislação penal, sendo, portanto, manifestamente improcedentes.

Afirma o agravante, contudo, que *no presente caso a valoração da natureza e da quantidade da droga, mais do que em duas fases da dosimetria d apenas foi valorada nas três fases e ainda para fixar o regime fechado para início de cumprimento da pena* (e-STJ, fl. 124), o que reputa ilegal, dada a desproporcionalidade da sanção e o regime mais gravoso do que previsto em lei, além de evidente *bis in idem*.

Assevera, também, que *é primário, possui bons antecedentes e não integra organização criminosa, além de não haver circunstâncias judiciais desfavoráveis além das inerentes ao próprio delito* (e-STJ, fl. 129).

Pugna, por isso, pela reconsideração do *decisum* ou pela submissão do feito ao órgão Colegiado, para que seja reformada a decisão recorrida e as sanções redimensionadas, além de abrandado o regime prisional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 550.616 - SP (2019/0366595-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : GUSTAVO NASCIMENTO PRADO (PRESO)
ADVOGADOS : CARLOS HENRIQUE CREDENDIO - SP110780
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIANA PAGANO GIL - SP251644
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* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO *HABEAS CORPUS*. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO EM LEI. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

– A legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tampouco em razão de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

– Ademais, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juízo, ao fixar a pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 11.343/2006.

– Na espécie, a pena-base do paciente foi exasperada em 3 anos, com fulcro na diversidade e expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos – *32 porções de maconha, pesando 20,395 quilogramas e 6 seguimentos plásticos contendo 547,800 gramas de cocaína* (e-STJ, fl. 29) –, fundamentação idônea que serviu para negatizar a vetorial circunstâncias do delito e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e à jurisprudência pacificada desta Corte Superior. Precedentes.

– Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa*.

– Inexiste o suscitado *bis in idem*, porquanto o reconhecimento do tráfico privilegiado foi negado ao paciente, não apenas em virtude da expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas – *20,395 quilogramas de maconha e 547,800 gramas de cocaína* (e-STJ, fl. 29) –, mas principalmente devido à apreensão de petrechos destinados à mercancia, tais como, *duas balanças de precisão, dois rolos de papel filme e um saco contendo cápsulas plásticas vazias* (e-STJ, fl. 30), associado ao fato de o próprio paciente haver confessado informalmente o exercício da narcotraficância, de modo que todas essas circunstâncias denotam que ele não se tratava de traficante eventual. Precedentes.

– Apesar de o montante da pena (5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão) permitir, em tese, a fixação do regime intermediário, deve ser mantido o regime prisional mais gravoso, haja vista a existência de circunstância judicial desfavorável, a qual justificou o incremento da pena-base em 3 anos, o que está em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior. Precedentes.

– É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não atendimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

– Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O agravo regimental é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão combatida, razões pelas quais merece conhecimento. No entanto, não obstante os esforços da agravante, **não constato elementos suficientes para reconsiderar minha decisão**, cuja conclusão mantenho por seus próprios fundamentos.

Conforme relatado, buscava a impetrante, em suma, o redimensionamento das sanções do paciente ante a redução de sua pena-base e do reconhecimento do tráfico privilegiado e, por conseguinte, o abrandamento do seu regime prisional e a substituição da reprimenda.

I. Pena-base

Preliminarmente, consignei que a legislação brasileira não previa um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tampouco em razão de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ademais, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorria *in casu*, o juiz, ao fixar a pena, deveria considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 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.

Sob essas diretrizes, ao sentenciar o paciente e realizar a dosimetria de sua pena, o Magistrado asseverou que (e-STJ fls. 29/38, grifei):

[...]

GUSTAVO NASCIMENTO PRADO, qualificado nos autos, está sendo processado por incurso no artigo 33, "caput", da Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.343/06, porque, no dia 11 de dezembro de 2018, por volta das 12h00, na Rua Marquês De Pombal, nº 1824, Campos Elíseos, nesta cidade e comarca, após adquirir de maneira escusa, **trazia consigo e mantinha em depósito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de tráfico, 18.430,00g (dezoito quilogramas, quatrocentos e trinta quatro gramas) de "maconha" (Tetrahydrocannabinol - THC), na forma de 16 (dezesesseis) porções, acondicionadas em invólucro plástico incolor; 1.965,00g (um quilograma, novecentos e sessenta e cinco gramas), de "maconha" (Tetrahydrocannabinol - THC), na forma de 16 (dezesesseis) porções, acondicionadas em invólucro plástico incolor e 547,800g (quinhentos e quarenta e sete gramas e oitocentos miligramas) de "cocaína" (Meti/ Benzoil Ecgonina), na forma de pó, acondiciona em 06 (seis) segmentos plásticos, conforme auto de exibição e apreensão (fls. 12/14), foto com a pesagem das drogas (fls. 39/60), laudo de constatação provisória (fls. 15/20) e laudo de exame químico-toxicológico (fls. 44/45 e 146 a 150).**

Segundo apurado, policiais militares efetuavam patrulhamento de rotina pelo local dos fatos quando avistaram uma motocicleta sem placas saindo em alta velocidade da residência situada no endereço acima mencionado. Em seguida, os milicianos tentaram abordar o condutor da motocicleta, contudo, não obtiveram êxito.

Diante disso, retornaram ao referido imóvel, cujo portão encontrava-se aberto, assim, ingressaram no local e encontraram o irmão do acusado, identificado como Renan Nascimento Prado, dormindo em um dos quartos. Realizada busca pessoal em Renan e vistoriado o seu quarto, nada de irregular foi localizado.

Ocorre que, **prossequindo nas diligências, no outro cômodo da residência localizaram o acusado GUSTAVO e, após buscas, localizaram as drogas acima descritas embaixo do colchão de sua cama, além de insumo para o preparo da droga. Continuando a vistoria, encontraram em uma das gavetas do mesmo quarto a quantia de R\$752,00 (setecentos e cinquenta e dois reais) em dinheiro - por certo procedente do tráfico - e um telefone celular.**

Além disso, embaixo da cama do imputado, apreenderam duas balanças de precisão, dois rolos papel filme e um saco contendo cápsulas plásticas vazias. Informalmente indagado, o acusado afirmou que todo o material ilícito encontrado estava em seu quarto e era de sua exclusiva propriedade, esclarecendo que seu irmão desconhecia o fato.

Segundo a acusação, considerando a enorme quantidade e a variedade das drogas apreendidas (mais de 20 quilos de maconha e 500 gramas de cocaína), bem como os petrechos (balança de precisão, rolos de papel filme e cápsulas plásticas vazia), além do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

insumo apreendido para o preparo da droga, a quantia em dinheiro apreendida em poder do imputado, conclui-se que os entorpecentes se prestavam ao comércio clandestino e ilegal exercido pelo denunciado, o qual confessou informalmente o exercício da narcotraficância.

[...]

Ante o exposto, conclui-se pela procedência da ação nos exatos termos da denúncia.

Passo à dosagem da pena.

Considero as circunstâncias do artigo 42, da Lei 11.343/06, e do artigo 59, do Código Penal, como as desfavoráveis, mormente a alta quantidade, variedade e a natureza de entorpecentes encontrada, totalizando mais de dezoito quilos de droga, motivo pelo qual fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa.

Não há agravantes a serem consideradas.

Reconheço a confissão espontânea como atenuante, razão pela qual atenuo sua pena em 1/6. Ainda, por se tratar de agente relativamente menor, atenuo sua pena em 1/6.

Embora primário, deixo de aplicar a redução do tráfico privilegiado à ré, tendo em vista que as circunstâncias do delito denotam que se dedicava a atividades criminosas ou estava associado para o tráfico. Nesse quadro, há de se considerar a elevada quantidade de droga, além da natureza e da qualidade, e o fato de que a droga foi encontrada na residência do acusado. Ainda, insta salientar que o réu não comprovou trabalho lícito, de maneira que os custos para a aquisição da referida droga são elevados, o que evidencia que o tráfico se dava de maneira organizada, e não meramente ocasional. Assim, o réu não se enquadra na hipótese de tráfico privilegiado.

Ausentes causas modificativas, torno a pena definitiva em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa.

Fixo o regime fechado como inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (artigo 2º, §1º, da Lei nº 8072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07), tendo em vista a natureza do delito tratado, que deve ser julgado com rigor, visto as consequências que têm trazido a toda sociedade. Acrescenta-se que a pena ultrapassa quatro anos e o delito é equiparado a hediondo.

Pela leitura do recorte acima, constatei que a pena-base do paciente foi exasperada em 3 anos, com fulcro na diversidade e expressiva quantidade de entorpecentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendidos – 32 porções de maconha, pesando 20,395 quilogramas e 6 seguimentos plásticos contendo 547,800 gramas de cocaína (e-STJ, fl. 29) –, fundamentação idônea que serviu para negatizar a vetorial circunstâncias do delito e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e à jurisprudência pacificada desta Corte Superior.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE EXASPERADA EM 1/5 SOBRE O MÍNIMO LEGAL. QUANTUM PROPORCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. SEGUNDA FASE. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE NÃO ENSEJA O INCREMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. PRECEDENTE JULGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO HC N.º 365.963/SP. PENA REDIMENSIONADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

- A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe de 12/3/2015).

[...]

- A quantidade das drogas apreendidas, no caso – 3 pedras contendo 0,5 g de crack e 165 porções contendo 57,9 g de cocaína (fl. 34) –, que, conquanto não seja excessiva, também não é desprezível, e a sua natureza extremamente deletéria, são circunstâncias que autorizam a elevação da reprimenda, nos termos dos arts. 59, do Código Penal, e 42, da Lei n. 11.343/2006.

- Em respeito à discricionariedade vinculada do julgador, deve ser mantida a pena-base aplicada ao paciente – 6 anos de reclusão e 600 dias-multa –, pois proporcional à gravidade concreta do crime e à variação das penas abstratamente cominadas ao tipo penal violado, qual seja, 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

[...] *Habeas corpus não conhecido.*

Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena definitiva do paciente em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mantidos os demais termos da condenação. (HC n. 463.482/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. Não se demonstra excessiva, desarrazoada ou ilegal a exasperação da pena-base em 2 anos pela valoração da vetorial negativa da grande quantidade de drogas apreendidas, aplicada dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

*3. Ademais, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, 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 aos elementos concretos dos autos (AgInt no HC 352.885/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 09/06/2016), só podendo ser alterado o quantum de aumento na pena-base quando flagrantemente desproporcional.*

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 400.214/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 6/3/2018, DJe 14/3/2018)

Desse modo, não verifiquei nenhuma ilegalidade a ser sanada na exasperação da pena-base.

II. Não incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

Inicialmente, observei que, nos termos do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas teriam a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando fossem reconhecidamente **primários, possuísssem bons antecedentes e não se dedicassem a atividades criminosas ou integrassem organização criminosa**.

Com efeito, verifiquei pela leitura do recorte transcrito no primeiro item, que diferente do alegado pela impetrante inexistia o suscitado *bis in idem*, porquanto o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento do tráfico privilegiado foi negado ao paciente, não apenas em virtude da expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas – *20,395 quilogramas de maconha e 547,800 gramas de cocaína* (e-STJ, fl. 29) –, mas principalmente devido à apreensão de petrechos destinados à mercancia, tais como, *duas balanças de precisão, dois rolos de papel filme e um saco contendo cápsulas plásticas vazias* (e-STJ, fl. 30), associado ao fato de o próprio paciente haver confessado informalmente o exercício da narcotraficância. Assim, asseverei que todas essas circunstâncias denotavam que ele não se tratava de traficante eventual, não fazendo, portanto, jus à referida minorante.

Ilustrativamente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. PENA FINAL: 5 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ACENTUADA DO DELITO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade e natureza da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em razão das circunstâncias do delito, as quais revelaram o profundo envolvimento do paciente com o tráfico ilícito de entorpecentes, inviabilizando a concessão do benefício.

3. Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura bis in idem.

4. Trata-se de hipótese diversa daquela 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

5. Quanto ao regime prisional, a quantidade e a natureza da droga apreendida – 67,8 kg de maconha, 458,5 g de cocaína e 167,9 g de crack – (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstram a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

6. *Habeas corpus não conhecido.* (HC n. 582.907/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 18/8/2020, DJe 24/8/2020, grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (ART. 42, DA LEI N. 11.343/06). NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE DEMONSTRAM QUE O AGRAVANTE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. (ART. 33, § 3º, DO CP) INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - **A pena-base do paciente se afastou do mínimo legal com base na natureza e quantidade da droga apreendida, fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/06. Por outro lado, houve fundamentação concreta quando ao afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada nas demais circunstâncias em que ocorreu a apreensão do entorpecente, onde restou "demonstrado que o réu dedicava-se frequentemente à atividade mercantil" (fl. 25)", tudo evidenciando que o acusado fazia dessa atividade seu meio de vida. Desse modo, repito, a majoração da pena-base está fundada na natureza e quantidade de drogas apreendidas, ao passo que o afastamento da minorante ocorreu pela dedicação às atividades criminosas. Fatos distintos, portanto, inexistindo bis in idem. Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incompatível com a estreita via do mandamus.

III - Segundo a pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a existência de circunstância judicial desfavorável, com a consequente fixação da pena-base acima do mínimo legal, autoriza a determinação de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena cominado."Considerando o quantum da pena aplicada - 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão - e a existência de circunstância judicial desfavorável, é adequado o regime prisional fechado para o cumprimento da reprimenda corporal. 2. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 908.298/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 21/10/2016).

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 584.289/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/8/2020, DJe 25/8/2020, grifei)

Desse modo, não constatei nenhuma ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

III. Regime de cumprimento de pena e substituição

Preliminarmente, ressaltei que, na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deveria expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Assim, ressaltei que, apesar de o montante da pena (5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão) permitir, em tese, a fixação do regime intermediário, deveria ser mantido o regime prisional mais gravoso, haja vista a existência de circunstância judicial desfavorável, a qual justificou o incremento da pena-base em 3 anos, o que estava em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, como *in casu*, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, são condições aptas a recrudescer o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional, em detrimento apenas do *quantum* de pena imposta, de modo que não existia ilegalidade no resgate da reprimenda do paciente no regime inicial fechado.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APREENSÃO DE DROGA DE ALTA NOCIVIDADE. PACIENTE QUE OSTENTA OUTROS PROCESSOS PELA PRÁTICA DE IDÊNTICO DELITO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "B", E § 3º, DO CÓDIGO PENAL C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, 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 n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, reconhecida primariedade técnica do paciente e o quantum de pena (5 anos) permita, em tese, a fixação de regime mais brando, a quantidade e natureza das drogas apreendidas - 9 porções de maconha, 15 porções de cocaína e 28 pedras de crack -, justificam o regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 403.508/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 4/9/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes.

III - O 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. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 386.827/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 23/5/2017)

Inalterado o montante da reprimenda, ressaltei ser inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não atendimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

Ilustrativamente:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. CABÍVEL O REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

3. 'A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sufragado o entendimento de que, embora a sanção final seja inferior a 4 anos de reclusão e o réu seja primário, a existência de circunstância judicial desfavorável, concretamente motivada, justifica a fixação de regime inicial semiaberto e o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos' (AgRg no REsp 1.395.738/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 25/09/2018).

4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confirmando a liminar, fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao Paciente.
(HC n. 481.197/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 2/4/2019, DJe 24/4/2019)

Assim, concluí que as pretensões formuladas pela impetrante encontravam óbice na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, e na legislação penal, sendo manifestamente improcedentes.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0366595-4

AgRg no
HC 550.616 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15013309020188260530 20190000992851

EM MESA

JULGADO: 08/09/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : CARLOS HENRIQUE CREDENDIO - SP110780
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIANA PAGANO GIL - SP251644
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO NASCIMENTO PRADO (PRESO)
ADVOGADO : CARLOS HENRIQUE CREDENDIO - SP110780
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 : GUSTAVO NASCIMENTO PRADO (PRESO)
ADVOGADOS : CARLOS HENRIQUE CREDENDIO - SP110780
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIANA PAGANO GIL - SP251644
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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.