



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 607451 - SP (2020/0212259-7)

RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
AGRAVANTE : LUIZ GUSTAVO ROSA DE SOUZA DE JESUS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
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 ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE. PERSUAÇÃO RACIONAL. ILEGALIDADES NÃO CONFIGURADAS. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONFIGURAÇÃO. QUANTIDADE, VARIEDADE E FORMA DE ACONDICIONAMENTO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. REGIME MAIS GRAVOSO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em *habeas corpus* somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, proporcionalidade e individualização da pena.

3. Na primeira fase da dosimetria da pena, 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 judiciais do art. 59 do Código Penal e podem justificar a exasperação da pena-base.

4. Com base no princípio do livre convencimento motivado, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação e escolher a fração que considerar razoável para aplicar ao caso concreto.

5. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa.

6. A quantidade, a variedade e a forma de acondicionamento das drogas apreendidas são critérios que evidenciam a dedicação a atividades criminosas, justificando o não reconhecimento do tráfico em sua forma privilegiada.

7. Não incorre em *bis in idem* a decisão que se utiliza da quantidade e da variedade de drogas para, na primeira fase da dosimetria, exasperar a pena-base (art. 42 da Lei n. 11.343/2006) e, na terceira fase, afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nas hipóteses em que as instâncias ordinárias, considerando o caso concreto e a conjunção de outros fatores, concluírem pelo envolvimento habitual do paciente no comércio de entorpecentes.

8. O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena ao considerar a natureza ou a quantidade da

droga ou outros elementos que evidenciem a maior gravidade da prática delitiva, desde que fundamente sua decisão.

9. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília, 06 de outubro de 2020.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 607451 - SP (2020/0212259-7)

RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
AGRAVANTE : LUIZ GUSTAVO ROSA DE SOUZA DE JESUS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
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 ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE. PERSUAÇÃO RACIONAL. ILEGALIDADES NÃO CONFIGURADAS. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONFIGURAÇÃO. QUANTIDADE, VARIEDADE E FORMA DE ACONDICIONAMENTO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. REGIME MAIS GRAVOSO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em *habeas corpus* somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, proporcionalidade e individualização da pena.

3. Na primeira fase da dosimetria da pena, 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 judiciais do art. 59 do Código Penal e podem justificar a exasperação da pena-base.

4. Com base no princípio do livre convencimento motivado, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação e escolher a fração que considerar razoável para aplicar ao caso concreto.

5. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa.

6. A quantidade, a variedade e a forma de acondicionamento das drogas apreendidas são critérios que evidenciam a dedicação a atividades criminosas, justificando o não reconhecimento do tráfico em sua forma privilegiada.

7. Não incorre em *bis in idem* a decisão que se utiliza da quantidade e da variedade de drogas para, na primeira fase da dosimetria, exasperar a pena-base (art. 42 da Lei n. 11.343/2006) e, na terceira fase, afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nas hipóteses em que as instâncias ordinárias, considerando o caso concreto e a conjunção de outros fatores, concluírem pelo envolvimento habitual do paciente no comércio de entorpecentes.

8. O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena ao considerar a natureza ou a quantidade da

droga ou outros elementos que evidenciem a maior gravidade da prática delitiva, desde que fundamente sua decisão.

9. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

LUIZ GUSTAVO ROSA DE SOUZA DE JESUS interpõe agravo regimental contra a decisão de fls. 82-85, que não conheceu do *habeas corpus* impetrado em seu favor, em que se apontara como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 1502525-92.2018).

O agravante foi condenado às penas de 5 anos de reclusão no regime inicial fechado e de 500 dias-multa, pela prática descrita no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta o agravante que a quantidade de drogas não deveria, por si só, conduzir à conclusão de que estaria envolvido com organização criminosa voltada para o tráfico nem ao afastamento da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Aduz que a quantidade e a variedade da droga apreendida deveriam ser sopesadas apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de *bis in idem*.

Requer a reconsideração da decisão agravada para que do *habeas corpus* se conheça e seja concedida a ordem para aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, com a fixação do regime diverso do fechado e a substituição da reprimenda por penas restritivas de direitos.

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada deve ser mantida.

A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

Assim, conforme a orientação jurisprudencial do STJ, o cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em *habeas corpus* somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, proporcionalidade e individualização da pena (HC n. 405.765/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 11/10/2017; e AgRg no HC n. 524.277/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 18/5/2020).

Na primeira fase da dosimetria da pena, 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 judiciais

do art. 59 do Código Penal e podem justificar a exasperação da pena-base.

Assim, com base no princípio do livre convencimento motivado, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação e escolher a fração que considerar razoável para aplicar ao caso concreto.

Portanto, no caso em apreço, a persuasão racional dos julgadores para fixar o aumento da pena-base em 1/6 em razão da quantidade das drogas apreendidas (1.199 porções de maconha, um galão de 25 litros e mais 22 frascos de lança-perfume) não revela flagrante ilegalidade.

Já a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa (AgRg no HC n. 578.687/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 2/6/2020; e AgRg no HC n. 372.423/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 2/4/2019).

A expressiva quantidade de drogas apreendidas, muitas vezes aliada à variedade, e outras circunstâncias concretas da prática delituosa também podem ser sopesadas para afastar o privilégio, pois são compatíveis com a dedicação às atividades criminosas voltadas ao tráfico de entorpecentes (AgRg no HC n. 562.044/MS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 9/9/2020).

A Corte *a quo*, diante das circunstâncias concretas do delito, considerando especialmente a quantidade de drogas, afastou a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 nos seguintes termos (fls. 41-42):

No mais, não há que se falar na aplicação da causa de diminuição de prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Isso porque o dispositivo exige que não se dedique o agente às atividades criminosas.

Referido requisito não exige condenações anteriores transitadas em julgado. Em casos concretos, é plenamente possível comprovar que o agente se vale de ilícitos para ganhar a vida. É o caso dos autos, pois, o apelado teria mencionado que há alguns dias guardava o entorpecente mediante uma remuneração de R\$150,00.

O traficante eventual, para quem foi destinado o dispositivo, não tem eu seu poder a quantidade de droga apreendida com o réu (1.199 porções de maconha, um galão de 25 litros e mais 22 frascos de lança perfume).

Certamente é indivíduo que faz da traficância seu meio de vida, e, portanto, não faz jus a redutora.

A revisão do entendimento adotado pela Corte de origem demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento vedado em *habeas corpus* (HC n. 469.952/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 16/10/2018; e AgRg no HC n. 468.662/MS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 19/11/2019).

Por fim, o STJ entende não incorrer em *bis in idem* a decisão que se utiliza da quantidade e

variedade de drogas para, na primeira fase da dosimetria, exasperar a pena-base (art. 42 da Lei n. 11.343/2006) e, na terceira fase, justificar o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nas hipóteses em que as instâncias ordinárias, considerando o caso concreto e a conjunção de outros fatores, concluírem pelo envolvimento habitual do paciente no comércio de entorpecentes.

Com relação ao regime inicial, o Tribunal *a quo* fixou o fechado. Para tanto, adotou a seguinte fundamentação (fls. 42-43):

O regime prisional deve ser o fechado, a gravidade e nocividade concreta da conduta e também evidenciada pela quantidade da droga apreendida, com fundamento no § 3º do artigo 33 do Código Penal, sendo inviável substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena ao considerar a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, especialmente a natureza ou a quantidade da droga, até mesmo sua forma de acondicionamento, desde que fundamente a decisão (AgRg no HC n. 536.415/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 19/8/2020).

Portanto, agiu com acerto o Tribunal de origem, não sendo possível a fixação de regime mais brando. Não se aplicam ao caso as Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

Mantido o *quantum* da pena, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão do não preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 44 do Código Penal.

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

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2020/0212259-7

**AgRg no
HC 607.451 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Número Origem: 15025259220188260536

EM MESA

JULGADO: 06/10/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ GUSTAVO ROSA DE SOUZA DE JESUS (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 : LUIZ GUSTAVO ROSA DE SOUZA DE JESUS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
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, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.