



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 738289 - MS (2022/0121311-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : GICELI TELLES DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. RECEPÇÃO. ABSOLVIÇÃO. VIA ELEITA INADEQUADA. 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 – 365,7kg de maconha –, aliadas às demais circunstâncias (alto valor da carga, transporte interestadual, concurso de agentes, acondicionamento da substância em compartimento do veículo especialmente construído para essa finalidade, etc.), demonstrando que a acusada 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 a 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. *"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"* (AgRg no HC 607.451/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, DJe 15/10/2020).

4. Se a Corte estadual, após análise de todo o conjunto de provas, concluiu pela caracterização de conduta descrita como receptação, inviável desfazer as conclusões a que chegaram os julgadores, dentro dos estreitos limites da via eleita, marcada por cognição sumária e rito célere.

5. 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 João Otávio de Noronha, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 13 de setembro de 2022.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 738289 - MS (2022/0121311-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : GICELI TELLES DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. RECEPÇÃO. ABSOLVIÇÃO. VIA ELEITA INADEQUADA. 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 – 365,7kg de maconha –, aliadas às demais circunstâncias (alto valor da carga, transporte interestadual, concurso de agentes, acondicionamento da substância em compartimento do veículo especialmente construído para essa finalidade, etc.), demonstrando que a acusada 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 a 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. *"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"* (AgRg no HC 607.451/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, DJe 15/10/2020).

4. Se a Corte estadual, após análise de todo o conjunto de provas, concluiu pela caracterização de conduta descrita como receptação, inviável desfazer as conclusões a que chegaram os julgadores, dentro dos estreitos limites da via eleita, marcada por cognição sumária e rito célere.

5. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental interposto por GICELI TELLES DE OLIVEIRA contra a decisão que não conheceu do presente *habeas corpus*.

Em suas razões, a Defesa afirma: “o *Tribunal de origem não conseguiu demonstrar que a ora Agravante se dedicava à atividade criminosa, se pautando, em uma mera presunção de tal prática, em flagrante ilegalidade, assim como a manutenção da condenação pelo crime de receptação, sem a presença do requisito subjetivo*” (fl. 609).

Aduz, ainda, que “a quantidade da droga foi utilizada tanto na primeira fase de dosimetria da pena para prejudicar a Agravante, quanto na terceira fase para afastar a aplicação do privilégio previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, configurando *bis in idem*, conforme consta da sentença de piso” (fl. 614).

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

VOTO

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

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou a agravante, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Interposta apelação, por ambas as partes, por maioria de votos o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso do *Parquet*, condenando a ré pela prática do delito previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal (receptação). Também acolheu parcialmente o inconformismo da defesa, reduzindo a pena-base no delito de tráfico e majorando o *quantum* de redução da reprimenda, por incidência da atenuante da confissão espontânea. A pena total foi fixada em 6 anos e 10 meses de reclusão, inicialmente no regime fechado, com estes fundamentos (fls. 32/41):

“Conforme extrai dos autos, na data dos fatos, a acusada conduzia o veículo Nissan/Versa, cor prata, que teve suas placas originais IY0-2348/RS substituídas pelas placas falsas BBZ-3055/RS, pela rodovia BR-463, na comarca de Ponta Porã/MS, quando, em fiscalização de

rotina, na base operacional da PRF — Capej, a ré foi abordada. Ao realizarem vistoria no veículo conduzido pela apelada, os policiais encontraram 365,7 kg de maconha e constataram que o veículo era produto de roubo ocorrido na cidade de Canoas/RS, no dia 27.06.2020, conforme noticiado através do B.O. n° 8923/2020/100510.

Não obstante a apelada negue a ciência da ilicitude do veículo, o exame das circunstâncias, no caso concreto, evidenciam que ela incorreu no crime de receptação dolosa.

Note-se que, judicialmente, a ré confessou ter vindo do Estado do Rio Grande do Sul, onde reside e foi contratada, com o veículo que conduzia e que transportaria as drogas recebidas nesta região de fronteira até Vila Flores/RS pelo valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

[...]

No caso em apreço, embora a ré negue o conhecimento da origem ilícita do veículo, não se depreende de sua versão a adoção de diligência mínima visando precaver-se de eventual dissabor decorrente da condução do automóvel.

Aliás, não é possível acreditar que a origem do bem fosse desconhecida, dada a robustez dos valores que deveria auferir com a atividade ilícita, as tratativas com pessoas não identificadas, que apenas indicou de forma precária, e a conexão com o crime de tráfico de drogas. Tais circunstâncias evidenciam, não apenas um descuido, um engano que se poderia evitar, mas sim a má-fé, o dolo em se aproveitar de um bem de origem criminosa.

Assim, outro raciocínio não é possível senão o de que conduziu veículo em proveito próprio sabendo que se tratava de produto de origem ilícita, situação que se enquadra perfeitamente na caracterização de receptação dolosa.

[...]

RECURSO DEFENSIVO

Pena-base

Ao fixar a pena-base do delito de tráfico de drogas, o sentenciante fixou-a em 2 anos de reclusão e pagamento de 200 dias-multa acima do mínimo legal, porquanto desfavorável a quantidade de entorpecente apreendido. Confira-se:

"(.) A natureza da droga indica apenas uma substância, a maconha, o que lhe é favorável, ante a não diversidade de substâncias. A quantidade de droga, no entanto, é relevante, somando 365 quilos, o que lhe desfavorece (aumento da pena em 02 anos). A culpabilidade, entendida como a reprovabilidade da conduta, não ultrapassa os limites trazidos pela norma penal; quanto aos antecedentes, conforme firme entendimento do e. STJ, em respeito ao princípio da não culpabilidade, somente podem ser considerados em desfavor do réu os fatos pelos quais houver sentença condenatória transitada em julgado antes da conduta criminosa ora julgada; sua conduta social, pelo mesmo motivo, não pode ser utilizada em seu desfavor e, além disso, outros elementos não há para que essa circunstância aumente sua pena; quanto à personalidade do agente são necessários elementos técnicos para sua aferição e tais elementos não constam nos autos; os motivos do crime estão previstos no próprio tipo penal; as circunstâncias foram normais para a espécie; as consequências do crime foram

graves e já são punidas na tipicidade objetiva do delito; não há que se falar em comportamento da vítima.

Sopesadas essas circunstâncias, fixo sua pena-base em 07 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa, sendo cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. (...)” (p. 275).

De fato, a grande quantidade de entorpecente (365 kg de maconha) encontrada na posse da réu é razão suficiente para negatizar a circunstância judicial preponderante prevista no art. 42, da Lei nº 11.343/06, e, conseqüentemente, elevar a pena-basilar.

Relativamente ao quantum que deve ser empregado para as circunstâncias preponderantes (natureza e quantidade da droga, personalidade e conduta social), deve o julgador promovê-la observando as circunstâncias fáticas concretas relacionadas ao crime e ao agente, justificando o acréscimo a maior da pena em cada caso.

No entanto, entendo que o aumento aplicado na sentença mostra-se exacerbado, motivo pelo qual fixo o aumento da pena basilar em razão de referida circunstância preponderante em 1 ano de reclusão e 100 dias-multa, quantidade de pena que mostra-se suficiente para a prevenção e reprovação do delito, além de estar de acordo com o princípio da individualização da pena.

Assim, reduz-se a pena-base do recorrente para 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa.

Patamar de redução relativo à atenuante da confissão

Vê-se da sentença que o magistrado singular reconheceu a atenuante da confissão espontânea em favor da ré, reduzindo sua pena intermediária em 1/7.

Cumprе ressaltar que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento da pena a serem aplicados em razão das circunstâncias agravantes e atenuantes, cabendo ao magistrado fixar o patamar necessário dentro dos parâmetros razoáveis e proporcionais.

Ainda que inexista critérios mínimo e máximo de exasperação, predomina no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a majoração da sanção em patamar superior a 1/6, na segunda fase, pela incidência de agravantes ou, redução em patamar inferior, pela incidência de atenuantes, demanda fundamentação concreta. Nesse sentido:

[...]

Assim, diante do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, reduz-se a reprimenda da acusada em 1/6, na segunda fase da dosimetria da pena.

Tráfico privilegiado Nos termos do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. A razão de ser do chamado tráfico privilegiado consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida.

[...]

No caso dos autos, verifica-se que a ré transportava grande quantidade de droga: 365 kg de maconha. Tal fato, aliado as demais circunstâncias apontadas pelo julgador singular, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora, pois comprovam a dedicação da apelante à atividades criminosas.

Ao afastar referida causa de diminuição, o magistrado fundamentou:

"(...) O privilégio previsto no artigo 33, § 4º da lei em comento não pode ser aplicado. Ela foi contratada no Rio Grande do Sul, sendo que os organizadores da empreitada criminosa providenciaram o transporte do réu até esta cidade de Ponta Porã. Aqui chegando havia outras pessoas que lhes passaram as orientações para o transporte. Esse conjunto de fatores gera a convicção de adesão à associação criminosa, sendo que seria ingênuo acreditar que tão expressiva quantidade de droga seja transportada sem o amparo de uma estrutura criminosa. (...)" (p. 274)

Assim, a expressiva quantidade de entorpecente e as demais circunstâncias do caso concreto, evidenciam que a recorrente não faz jus ao benefício da minorante de pena do tráfico privilegiado.

[...]

Incontroverso, assim, que a ré se dedica à prática de atividades criminosas, não merecendo ser agraciada com a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Passo à dosimetria da pena Do crime de receptação Em estrita observância ao artigo 59, do CP, a culpabilidade é típica do tipo penal. Os antecedentes criminais são favoráveis (p. 140 e 160). Os motivos comuns à espécie. Circunstância do crime não são relevantes. Consequências do crime normais à espécie. Comportamento da vítima não deve prejudicar-lhe.

Feitas tais ponderações, fixo a pena-base para o delito de receptação em 01 (um) ano de reclusão, e 10 (dez) dias-multa, estes no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data do fato, que resta definitiva, ante a ausência de quaisquer atenuantes ou agravantes, bem como causas de aumento ou de diminuição a serem consideradas.

Tráfico de drogas

Na primeira fase, ora reduzida a pena-base para 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa.

Na segunda fase, incide a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual, reduz-se a pena intermediária em 1/6, resultando em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Na terceira fase, incide a causa de aumento do artigo 40, V da Lei de Drogas, resultando a reprimenda em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

Concurso material

Diante do concurso material de delitos, a pena soma o total de 06 anos e 10 meses de reclusão e 593 dias-multa.

Regime

Mantém-se o regime inicial fechado, por ser necessário à devida resposta penal à conduta, em face da existência de circunstância judicial preponderante desfavorável (quantidade da droga), nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, e art. 42, da Lei nº 11.343/06."

De proêmio, 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, aliadas às demais circunstâncias (alto valor da carga, transporte interestadual, concurso de agentes e acondicionamento da droga em compartimento do veículo especialmente construído para essa finalidade, etc.), indicam que a acusada dedicava-se à atividade criminosa, tendo, inclusive, o transporte das drogas sido 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).

A agravante sustenta, ainda, a existência de *bis in idem*, sob o argumento de que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão de elementos que também teriam sido considerados na fixação da pena-base. Todavia, também, não lhe assiste razão.

Com efeito, o aumento da pena-base operou-se em decorrência da aplicação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (grande quantidade de maconha) e o afastamento do redutor da penal ocorreu pela constatação de diversos elementos fáticos, já citados,

que levaram o Tribunal a concluir que a ora agravante dedicava-se à atividade criminosa.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

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.

(AgRg no HC 607.451/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, DJe 15/10/2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. 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. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

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 o 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.

4. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, assentou que inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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 o paciente seja primário, condenado 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, mostram-se idôneas e suficientes para o recrudesimento do regime prisional, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 524.429/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 27/9/2019).

Por fim, se a Corte estadual, após análise de todo o conjunto de provas, concluiu pela caracterização de conduta descrita como receptação, inviável desfazer as conclusões a que chegaram os julgadores, dentro dos estreitos limites da via eleita, marcada por cognição sumária e rito célere.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. ABSOLVIÇÃO. NÃO CABIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO INCONTROVERSO. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USO PRÓPRIO. MATÉRIA DE PROVA. DOSIMETRIA. ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO UTILIZAÇÃO PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. É inviável em habeas corpus apreciar alegações referentes à absolvição da prática do crime de tráfico de entorpecentes se as instâncias ordinárias consideraram incontroversas a materialidade e a autoria do delito com base na análise do acervo probatório e, de modo fundamentado, decidiram pela condenação porquanto presentes as elementares do tipo penal, especialmente a apreensão de drogas.

2. A desclassificação da conduta, por demandar exame aprofundado dos elementos de prova constantes do inquérito e/ou da ação penal, não pode ser analisada na estreita via do habeas corpus.

3. Em habeas corpus, é incabível reanalisar a pena na segunda fase da dosimetria, se as instâncias ordinárias, com base na análise das provas e de modo fundamentado, reconheceram não ter ocorrido a confissão espontânea.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 682.608/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe de 10/6/2022).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO TENTADO. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. INDEVIDO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL

REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDADA COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. ABSOLVIÇÃO. INVIÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. Nesse contexto, as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, haver prova da materialidade de autoria e materialidade dos crimes de latrocínio e de homicídio. Houve testemunhos idôneos para sustentar a condenação, sendo inviável, pois, nesta célere via do habeas corpus, que exige prova pré-constituída, pretender conclusão diversa.

2. Esta Corte Superior inicialmente entendia que "a validade do reconhecimento do autor de infração não está obrigatoriamente vinculada à regra contida no art. 226 do Código de Processo Penal, porquanto tal dispositivo veicula meras recomendações à realização do procedimento, mormente na hipótese em que a condenação se amparou em outras provas colhidas sob o crivo do contraditório

3. Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõe a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam a compreensão de que "o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

4. Dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de roubo não tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico, o que gera distinguishing em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial. No caso, além do reconhecimento das vítimas, verifica-se prova testemunhal altamente relevante dos agentes de polícia, o que produz cognição com profundidade suficiente para alcançar o juízo condenatório.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 691.549/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 8/4/2022).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ESTUPRO DE
VULNERÁVEL. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO
PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL.
IMPOSSIBILIDADE. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS.
PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. PRINCÍPIO

DA ESPECIALIDADE. PRECEDENTES. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO MANDAMUS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- O habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do mandamus, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. Precedentes.

- Consoante asseverado pela Corte estadual, além de não poder ser aplicada ao caso a pretendida desclassificação para a conduta prevista no art. 215-A, uma vez que a alteração trazida pela Lei n. 13.718/2018, entrou em vigor a partir de setembro de 2018, e os fatos ocorridos entre fevereiro e março de 2013, em observância ao princípio tempus regit actum, ambas as Turmas especializadas no julgamento de matéria criminal desta Corte de Justiça se firmaram no sentido de ser impossível a desclassificação da conduta, em situações tais, quando se tratar de vítima menor de 14 anos, para aquela prevista no art. 215-A do Código Penal, devendo ser observado o princípio da especialidade.

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 682.909/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/10/2021).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. ROUBO. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE DE EXAME. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Afigura-se inviável o exame do pedido de absolvição do delito de roubo imputado ao paciente, tendo em vista que, para a perquirição de tal tema, seria necessária a análise da matéria fático-probatória, mormente quando o tribunal de origem, com amplo espectro probatório, indeferiu, por duas vezes, pleito nesse sentido.

3. Dosimetria da pena fixada de forma escorreita, com a pena-base arbitrada um pouco acima do mínimo legal. A majorante decorrente do concurso de pessoas, devidamente evidenciada, restou sopesada com

razoabilidade, incorrendo a ilegalidade aventada na impetração.

4. Não aplicação ao caso concreto do princípio da insignificância, à vista da pequena monta do bem subtraído (boné), considerando que a jurisprudência deste Tribunal Superior, em conformidade com precedentes do Pretório Excelso, vem entendendo que, no crime de roubo não há ofensa somente ao bem patrimonial mas também à integridade da pessoa, de modo a afastar eventual desinteresse estatal na sua repressão.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 310.298/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 23/2/2015).

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

Ante o exposto, voto pelo desprovemento do agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0121311-8

**AgRg no
HC 738.289 / MS
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00049534220208120019 49534220208120019

EM MESA

JULGADO: 13/09/2022

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : GICELI TELLES DE OLIVEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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 : GICELI TELLES DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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 João Otávio de Noronha, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.