



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 630.337 - SP (2020/0320546-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MAICON DE PAULA ALMEIDA (PRESO)**
ADVOGADO : **ANA PAULA DE HOLANDA - SP324851**
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 E RECEPÇÃO EM CONCURSO MATERIAL. DOSIMETRIA PARA O CRIME DE TRÁFICO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CULPABILIDADE EXACERBADA. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE ENQUANTO CUMPRIA PENA EM REGIME ABERTO POR OUTRO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO NEGATIVADAS COM BASE NA EXPRESSIVA QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DE DOIS DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CONDUTA QUE EXTRAPOLOU À INERENTE AO TIPO PENAL VIOLADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE REINCENTE. CONSIDERAÇÃO DA REINCIDÊNCIA NA SEGUNDA E TERCEIRA FASES QUE NÃO ENSEJA *BIS IN IDEM*. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO EM FUNÇÃO DO MONTANTE DA REPRIMENDA IMPOSTA. EXPRESSA DETERMINAÇÃO LEGAL. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

– A pena-base do paciente foi exasperada em 1/2, em virtude do desvalor conferido à sua culpabilidade – em virtude de haver sido preso em flagrante quando estava cumprindo pena em regime aberto por outro crime de tráfico de drogas –, e às circunstâncias do delito, consubstanciada na expressiva quantidade, variedade e natureza altamente deletéria de dois dos entorpecentes apreendidos – *7 tijolos de maconha, 79 porções de cocaína e pedras de crack* (e-STJ, fl. 29) –, fundamento idôneo para tal fim, pois em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006, e à jurisprudência desta Corte Superior, não havendo que se falar, portanto, em *bis in idem*, porquanto ficou evidenciada a gravidade concreta da conduta perpetrada, a qual extrapolou à inerente ao tipo penal violado. 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*.

– A reincidência do paciente constitui óbice suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista não estar preenchido o requisito legal da primariedade. Precedentes.

– Ademais, a orientação desta Corte de Justiça é no sentido de que o reconhecimento da reincidência do réu é elemento suficiente para impedir a aplicação do redutor, por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e terceira fase da dosimetria não enseja *bis in idem*. Precedentes.

– Inalterada a reprimenda para o delito de tráfico de drogas e mantida a sanção final do paciente em 11 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão, fica mantido o regime inicial fechado, por expressa determinação legal, nos termos do art. 33, § 2º, "a", 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), 15 de dezembro de 2020(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 630.337 - SP (2020/0320546-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MAICON DE PAULA ALMEIDA (PRESO)
ADVOGADO : ANA PAULA DE HOLANDA - SP324851
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):

MAICON DE PAULA ALMEIDA 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 a defesa do agravante, contudo, que *se configura verdadeiro bis in idem considerar-se a natureza e quantidade da droga para aumentar a pena-base, na medida em que se trata de verdadeira elementar do tipo penal. Viola-se, assim, os princípios da legalidade e da individualização da pena, razão pela qual o aumento operado deve ser afastado* (e-STJ, fls. 61/62).

Assevera, também, que *a impossibilidade da concessão ao paciente da benesse legal em questão (causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º), somente em razão da reincidência, também viola o princípio da exteriorização ou materialização do fato, ou seja, admite-se a aplicação do abominável direito penal do autor, pois a punição é agravada mais pelo que o agente é (levando-se em consideração fatos anteriores que praticou) do que pelo que fez* (e-STJ, fl. 64).

Ademais, alega que *a mesma circunstância fática (reincidência) estará servindo como agravante genérica e impedindo a redução da pena, incorrendo em "bis in idem", o que é vedado pelo ordenamento legal* (e-STJ, fl. 66).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assere, ainda, que o regime de cumprimento de pena é desproporcional, em virtude do montante da pena fixado, pois é perfeitamente cabível a fixação de regime diverso do fechado ao reincidente.

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.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 630.337 - SP (2020/0320546-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MAICON DE PAULA ALMEIDA (PRESO)
ADVOGADO : ANA PAULA DE HOLANDA - SP324851
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 E RECEPÇÃO EM CONCURSO MATERIAL. DOSIMETRIA PARA O CRIME DE TRÁFICO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CULPABILIDADE EXACERBADA. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE ENQUANTO CUMPRIA PENA EM REGIME ABERTO POR OUTRO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO NEGATIVADAS COM BASE NA EXPRESSIVA QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DE DOIS DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CONDUTA QUE EXTRAPOLOU À INERENTE AO TIPO PENAL VIOLADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE REINCENTE. CONSIDERAÇÃO DA REINCIDÊNCIA NA SEGUNDA E TERCEIRA FASES QUE NÃO ENSEJA *BIS IN IDEM*. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO EM FUNÇÃO DO MONTANTE DA REPRIMENDA IMPOSTA. EXPRESSA DETERMINAÇÃO LEGAL. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

– A pena-base do paciente foi exasperada em 1/2, em virtude do desvalor conferido à sua culpabilidade – em virtude de haver sido preso em flagrante quando estava cumprindo pena em regime aberto por outro crime de tráfico de drogas –, e às circunstâncias do delito, consubstanciada na expressiva quantidade, variedade e natureza altamente deletéria de dois dos entorpecentes apreendidos – *7 tijolos de maconha, 79 porções de cocaína e pedras de crack* (e-STJ, fl. 29) –, fundamento idôneo para tal fim, pois em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006, e à jurisprudência desta Corte Superior, não havendo que se falar, portanto, em *bis in idem*, porquanto ficou evidenciada a gravidade concreta da conduta perpetrada, a qual extrapolou à inerente ao tipo penal violado. 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*.

– A reincidência do paciente constitui óbice suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista não estar preenchido o requisito legal da primariedade. Precedentes.

– Ademais, a orientação desta Corte de Justiça é no sentido de que o reconhecimento da reincidência do réu é elemento suficiente para impedir a aplicação do redutor, por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e terceira fase da dosimetria não enseja *bis in idem*. Precedentes.

– Inalterada a reprimenda para o delito de tráfico de drogas e mantida a sanção final do paciente em 11 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão, fica mantido o regime inicial fechado, por expressa determinação legal, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

– Agravo regimental não provido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
(Relator):

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, para o delito de tráfico de drogas, ante a redução de sua pena-base ao piso legal, e da incidência da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

I. Pena-base (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006)

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 julgar o apelo defensivo, o Relator do voto condutor do acórdão consignou que (e-STJ, fls. 28/34, grifei):

[...]

Consta da denúncia que, no dia 13 de agosto de 2019, por volta das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

23h, na Rua José Borges Gouveia, n.º 346, bairro Newton Sopa, nesta cidade de Barretos, Maicon de Paula Almeida, vulgo “quebrada”, tinha em depósito, para fins de tráfico, 79 (setenta e nove) porções de cocaína, 01 (uma) pedra de “crack” e 07 porções de maconha, sendo certo que assim procedia sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, substâncias entorpecentes que determinam a dependência física e psíquica.

Consta, ainda, que em data incerta, mas entre os dias 28 de maio de 2019 e 12 de agosto de 2019, em local e horário indeterminados, Maicon De Paula Almeida, vulgo “quebrada”, recebeu em proveito próprio 01 (um) veículo, marca/modelo Nissan/March 10s, ano 2018, modelo 2019, cor preta, placas QOZ-7425, de propriedade da vítima Movida Locação de Veículos AS, CNPJ: 07.976.147/0022-95, bem esse que sabia ser produto de crime.

Segundo apurado, policiais militares receberam denúncia anônima noticiando que Maicon, vulgo “quebrada”, estava abastecendo com grande quantidade de drogas o conjunto “Luiz Spina”, utilizando um veículo marca Nissan, cor preta, o qual seria “clonado”. Aludida denúncia informou o endereço do réu, constante acima, bem como o local onde guardava os entorpecentes.

Assim, em diligência realizada junto à residência do apelante os policiais se depararam com o portão da garagem aberto, tendo ele corrido para o interior da residência ao avistar a aproximação policial.

Localizaram sobre o sofá da sala a quantia de R\$ 190,00 (cento e noventa reais) em notas diversas. Ao lado estava uma mochila de cor preta, com grande odor de “cocaína”. Ao ser questionado sobre o local em que guardava os entorpecentes, indicado pela denúncia, o réu confirmou que mantinha drogas no local.

Prosseguindo, então, na diligência, no local apontado no Condomínio San Marino, no Bloco 4, Apartamento 23, a equipe policial localizou, no fundo de uma cama box, uma mochila contendo em seu interior 07 (sete) tijolos de maconha, pedras de crack, 08 porções de cocaína, 71 eppendorfs contendo também cocaína, e inúmeros eppendorfs vazios, bem como uma balança de precisão e a quantia de R\$ 535,00 (quinhentos e trinta e cinco reais).

Maicon confirmou que os entorpecentes encontrados eram de sua propriedade e que os adquiriu na cidade de Ribeirão Preto, pelo valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e que seriam vendidos a granel.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao delito do tráfico de drogas:

Na primeira fase, o juiz sentenciante fixou a pena-base em ½ acima do mínimo legal, ou seja, em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, no piso, em razão da enorme quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos (maconha, cocaína e crack) e da maior culpabilidade do réu, que voltou a delinquir quando estava a cumprir pena pela prática de outro crime de tráfico em regime aberto.

Registra-se que a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos justifica o patamar de aumento aplicado, nos termos do art. 42, da Lei nº 11.343/2006 que estabelece: “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”.

[...]

Assim, atendendo ao princípio da individualização da pena, de rigor o aumento da pena-base, em maior patamar, em razão da presença de três circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam: a culpabilidade do agente, a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos.

Pela leitura do recorte acima, verifiquei que a pena-base do paciente foi exasperada em 1/2, em virtude do desvalor conferido à sua culpabilidade – tendo em vista ter sido preso em flagrante quando estava cumprindo pena em regime aberto por outro crime de tráfico de drogas –, e às circunstâncias do delito, consubstanciada na expressiva quantidade, variedade e natureza altamente deletéria de dois dos entorpecentes apreendidos – 7 tijolos de maconha, 79 porções de cocaína e pedras de crack (e-STJ, fl. 29) –, fundamento idôneo para tal fim, pois em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006, e à jurisprudência desta Corte Superior, não havendo que se falar, portanto, em *bis in idem*, porquanto ficou evidenciada a gravidade concreta da conduta perpetrada, a qual extrapolou à inerente ao tipo penal violado.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A PRIMEIRA E SEGUNDA FASES DA DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POIS NÃO FOI CONSIDERÁVEL A QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. INVIABILIDADE. 42 PEDRAS DE CRACK. NOCIVIDADE DA DROGA QUE JUSTIFICA A EXASPERAÇÃO DA PENA. AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA EM 1/5 SEM FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. REDUÇÃO PARA A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- A natureza da droga apreendida (42 pedras de crack), de alto teor lesivo, autoriza a exasperação da pena-base do paciente, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC n. 340.795/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 18/2/2016, DJe 23/2/2016, grifei)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DOIS VETORES DESFAVORÁVEIS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONDENAÇÃO INFERIOR A QUATRO ANOS. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. Somente é possível rever a dosimetria em sede de habeas corpus quando há flagrante ilegalidade, demonstrada sem necessidade de revolvimento fático-probatório, conforme ocorre na espécie, em virtude da valoração negativa das consequências do crime com motivação atinente a elementos do próprio do tipo penal.

2. **É legítima a exasperação da reprimenda, pelo veio das circunstâncias do crime, em razão da natureza (nocividade) das drogas apreendidas (cocaína e maconha), a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.**

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente para reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão condenatório. (HC n. 359.684/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 30/6/2016, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1º/8/2016, grifei)

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. Ministro 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, 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, grifei)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 17/5/2016, DJe 9/6/2016), 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, grifei)

Dessa forma, não identifico nenhuma ilegalidade a ser sanada na pena-base aplicada ao paciente, pelos fundamentos apresentados e no montante operado.

II. Da não incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 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, possuísem bons antecedentes e não se dedicassem a atividades criminosas ou integrassem organização criminosa.**

Ao julgar o apelo defensivo, foi consignado quanto ao tema que (e-STJ, fls. 35/36, destaquei):

[...]

Na fase seguinte, a pena foi majorada em 1/3, tendo em vista a reincidência específica do réu (fl. 30), perfazendo o total de 10 (dez) anos de reclusão, mais pagamento de 1.000 (mil)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa, no valor unitário mínimo.

Por oportuno, registro que, diversamente do sustentado nas razões recursais, não há que se falar em reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, isso porque Maicon, em juízo, não confessou os fatos a ele imputados, pelo contrário, negou a traficância e a propriedade das drogas, de forma que impossível o reconhecimento da referida atenuante.

[...]

Registra-se que, por ser reincidente, o réu não faz jus à aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois reincidente.

Com efeito, pela leitura do recorte acima, verifiquei que o entendimento firmado pelas instâncias de origem estava em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior e com a legislação penal, tendo em vista que a reincidência do paciente constituía óbice suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista não estar preenchido o requisito legal da primariedade.

Vejam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

III - Quanto ao tráfico privilegiado, o parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

IV - In casu, a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 está devidamente fundamentada, uma vez



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o paciente é reincidente, não preenchendo, portanto, o requisito legal da primariedade para o privilégio.

[...]

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 600.104/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 10/10/2020, DJe 26/10/2020)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REINCIDÊNCIA, EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS E CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PACIENTE REINCENTE, CONDENADO A PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

3. No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a expressiva quantidade e natureza especialmente deletéria dos entorpecentes apreendidos.

4. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

5. Na espécie, a Corte de origem refutou a incidência do redutor com base na reincidência do paciente, além da convicção no sentido de que havia dedicação a atividades criminosas, a partir das circunstâncias fáticas do delito e da expressiva quantidade dos entorpecentes apreendidos.

6. O paciente não faz jus ao regime intermediário, pois trata-se de réu reincidente, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

8. *Habeas corpus não conhecido.* (HC n. 294.904/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 1º/12/2016).

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: 2020/0320546-2

AgRg no
HC 630.337 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15012079220198260066

EM MESA

JULGADO: 15/12/2020

Relator

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

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 : ANA PAULA DE HOLANDA
ADVOGADO : ANA PAULA DE HOLANDA - SP324851
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAICON DE PAULA ALMEIDA (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 : MAICON DE PAULA ALMEIDA (PRESO)
ADVOGADO : ANA PAULA DE HOLANDA - SP324851
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.