



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 658322 - SP (2021/0103415-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**AGRAVANTE** : GULITY FERNANDO KIFFER SILVA (PRESO)  
**ADVOGADO** : LEANDRO MENESES PEREIRA - SP400710  
**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 DE DROGAS. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As instâncias ordinárias negaram a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas com base nas circunstâncias do fato delituoso, as quais evidenciaram que o réu estava dedicando-se ao tráfico de drogas. O reexame dessa questão demanda a incursão aprofundada em matéria fática, inviável de ser revista em *habeas corpus*.

2. A quantidade e a natureza da droga apreendida, aliadas aos outros elementos probatórios coligidos aos autos, demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

3. 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 Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de maio de 2021.

JOEL ILAN PACIORNIK  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 658322 - SP (2021/0103415-1)

**RELATOR** : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK  
**AGRAVANTE** : GULITY FERNANDO KIFFER SILVA (PRESO)  
**ADVOGADO** : LEANDRO MENESES PEREIRA - SP400710  
**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 DE DROGAS. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As instâncias ordinárias negaram a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas com base nas circunstâncias do fato delituoso, as quais evidenciaram que o réu estava dedicando-se ao tráfico de drogas. O reexame dessa questão demanda a incursão aprofundada em matéria fática, inviável de ser revista em *habeas corpus*.

2. A quantidade e a natureza da droga apreendida, aliadas aos outros elementos probatórios coligidos aos autos, demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

3. Agravo regimental desprovido.

### RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental interposto por GULITY FERNANDO KIFFER SILVA contra a decisão que não conheceu do presente *habeas corpus*.

O agravante reitera as teses já manejadas, asseverando que já “preencheu todos os requisitos legais para a obtenção da benesse, não restando a quantidade de drogas como causa impeditiva para tanto, sendo que a mesma poderá ser como motivo determinante da fração de redução a ser adotada”. Ademais, insiste ser “primário e sem antecedentes criminais, além do que a reprimenda final se fixou em 5 anos de reclusão, hipótese que se enquadra na letra ‘b’ do parágrafo segundo do artigo 33 do Código Penal” (fls. 62 e 64).

Requer, pois, a reconsideração do *decisum* ou o provimento do agravo

regimental, para conceder a ordem pleiteada.

É o relatório.

## VOTO

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

O agravante foi preso em flagrante, juntamente com outro corréu, porque trazia consigo, para fins de comercialização e difusão ilícita a terceiros, 57 porções de cocaína, razão pela qual foi condenado a 5 anos de reclusão, inicialmente no regime fechado, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas), nestes termos:

*“No que diz respeito às circunstâncias judiciais, tal qual previsão do art. 59 do Código Penal em conjunto com o artigo 42 da Lei de Drogas, em primeira fase de fixação da sanção, devem ser considerados com preponderância a quantidade e natureza da droga apreendida. A natureza é a pior possível. O réu foi encontrado com 57 (cinquenta e sete) papелotes contendo cocaína. E, nesse sentido, é necessário enfatizar que o entorpecente apreendido com o réu é substância altamente viciante, catalisadora dos mais diversos crimes, muitas vezes praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa e, portanto, responsáveis por um verdadeiro flagelo na nossa já combalida sociedade. As demais circunstâncias não são desfavoráveis ao réu. Contudo, tendo em vista a mencionada preponderância que se deve dar à natureza da droga, fixo a pena base 1/6 acima do mínimo legal em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.*

*Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes a serem consideradas. Aplico a atenuante da confissão para reduzir a pena provisória no mínimo legal, nos termos da Súmula nº 231 do STJ.*

*Na terceira fase da dosimetria da pena não há causas de aumento ou de diminuição a serem consideradas. A lei 11.343/06 afasta a causa de diminuição do tráfico na hipótese de Maus antecedentes ou de dedicação à atividade criminosa. Ou seja, se quisesse limitar o afastamento da causa de diminuição às situações de condenação com trânsito em julgado, teria redação diferente. Dessa forma, a comprovação da dedicação à atividade criminosa pode ser feita nos próprios autos.*

***As circunstâncias em que o réu foi preso, a saber, em ponto conhecido de venda de drogas, bem como na posse de considerável quantidade de substância entorpecente, que possui um alto valor de mercado, demonstrando seu poderio dentro do esquema de tráfico, sem qualquer prova de fonte de renda, demonstram a dedicação a atividades criminosas e impossibilitam a aplicação do redutor legal.***

***No caso, o réu foi preso por tráfico pouco tempo***

**antes dessa nova prisão (autos nº 1502643-16.2019.8.26.0542 fls. 134). Ainda, estava em ponto de venda de drogas conhecido pelos policiais, o qual não poderia estar caso não tivesse ligação com o crime organizado que atua naquela região. Ainda, o réu não comprovou trabalhar, de modo que tira seu sustento da prática criminosa.**

Portanto, afasto o redutor e mantenho a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

O regime de cumprimento da pena, em razão da circunstância judicial negativa, deve ser o inicial fechado (art. 33, §§ 2º e 3º do CP), o único compatível com a repressão a delito de tamanha gravidade, praticado em prejuízo de famílias que sofrem com o vício causado pelo consumo irrefreado de entorpecentes." (fls. 19/20, sem destaque no original)

No julgamento da apelação criminal, o Tribunal a quo manteve incólume a reprimenda, consignando:

**"As bases de ambos partiram elevadas de 1/6 (GULITY) e 1/5 (GABRIEL) - respectivamente, 5 anos, 10 meses de reclusão e 583 dias-multa e 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, calcada na nocividade e quantidade de entorpecentes apreendidos, o que se revelou adequado, à luz do disposto na Lei nº 11.343/06, art. 42, caput.**

Inexistentes agravantes, na intermediária, foram reduzidas ao piso, por força da atenuante da confissão de ambos, retornando-se a 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, nos limites da Súmula/STJ, nº 231.

Na derradeira, sem causas de aumento, não era mesmo o caso da minorante da Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º, cuja razão, como já assentou o STJ, é justamente punir com menos rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 (REsp 1341280/MG, Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 29/09/2014).

[...]

**No caso, além de ambos responderem outros procedimentos por idêntica infração (fls. 133 e 134), não têm ocupação lícita.**

**Houve apreensão de variedade de entorpecentes com GABRIEL, individualmente fracionados - 57 papелotes de cocaína; 70 porções de maconha, 62 pedras de crack e 54 papелotes de cocaína - circunstâncias que indicam, obviamente, não se tratar de 'pequenos' traficantes ou de 'primeira viagem', fazendo, do tráfico ilícito de drogas, o modo de vida, lembrando-se que a mitigação não é direito subjetivo, até porque ninguém consegue expressivo volume de drogas sem se valer do narcotráfico, lembrando-se que a mitigação não é direito subjetivo.**

[...]

*Definitivas no quantum fixado.*

[...]

*Pelas mesmas razões, impõe-se a manutenção do regime fechado a ambos como acertadamente fixado, porque outro mais brando não atenderia à gravidade concreta da conduta - apelantes surpreendidos transportando elevada quantidade de entorpecente -, lembrando-se, que apesar de o STF ter reconhecido e declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º, que instituiu obrigatoriedade do início da pena no fechado, no julgamento do HC nº 111.840/ES, a gravidade concreta da conduta, justifica a imposição do mais gravoso." (fls. 34/36, grifei)*

No que diz respeito ao § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, verifico que as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias estão em consonância com o entendimento desta Corte de que a quantidade de drogas apreendidas, especialmente quando atrelada a outras circunstâncias (forma de acondicionamento e variedade do entorpecente, local e *modus operandi* do delito, ausência de ocupação lícita do agente, confissão do próprio paciente e depoimento de testemunha em juízo, apreensão de balança de precisão e caderneta com anotação do tráfico, etc.), indicam a dedicação ao tráfico de drogas, impedindo, assim, a aplicação do § 4º.

Ademais, é necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório para se chegar à conclusão de que o ora paciente faz *jus* à referida minorante, o que é vedado em *habeas corpus*.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTOS CONCRETOS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.**

*I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.*

*II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e houver flagrante ilegalidade.*

*III - 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, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na quantidade de drogas e diversidade de entorpecentes apreendidos- 494 porções de cocaína (975,5g) e 16 invólucros de maconha (421,12g)-, bem como nas demais circunstâncias da apreensão e da prisão em flagrante do paciente, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. **Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.**

*Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no HC 627.776/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1º/3/2021).

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. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. APREENSÃO DE VINTE E UM QUILOS DE MACONHA E DE BALANÇA DE PRECISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

**1. O voto condutor no acórdão recorrido negou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em face da quantidade da droga apreendida e das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividades criminosas. Esse entendimento está em conformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte e a sua reforma constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente exame de fatos e provas, inviável no rito eleito. Precedentes.**

**2. A quantidade e a natureza da droga apreendida constituem elementos idôneos no agravamento do regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.**

*3. Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no HC 648.733/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 9/4/2021).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE. NEGATIVAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DA APREENSÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. MENÇÃO À QUANTIDADE SUBSTANCIAL DE DROGAS APREENDIDA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. INVERSÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7 DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A quantidade e a natureza das drogas são circunstâncias preponderantes na fixação da pena- base no crime de tráfico de drogas, como prevê expressamente o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. No caso concreto, a expressiva quantidade apreendida de maconha é apta, por si só, a indicar maior desvalor da conduta, mesmo em regiões fronteiriças onde a apreensão de drogas é frequente, assim, não se verifica ilegalidade ou desproporcionalidade na majoração da pena-base.

**2. O Tribunal de origem entendeu pela dedicação da Agravante às atividades criminosas, em razão da quantidade da droga apreendida e do modus operandi empregado. Para rever tal conclusão, com o intuito de reconhecer o tráfico privilegiado, seria necessário o reexame de fatos e provas, descabido em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.**

3. Conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, "não há bis in idem na dosimetria da pena, quando, para justificar a impossibilidade de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são mencionados, além da quantidade de drogas apreendidas, outros elementos concretos dos autos que permitem a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC 564.695/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe em 14/08/2020; sem grifos no original.)

4. Apesar de a Agravante ser primária, foi condenada a pena superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, inexistindo ilegalidade na imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena, a teor do art. 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º, do Código Penal.

5. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois ausente o requisito temporal previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal. 6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.726.790/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 25/3/2021).

Em relação ao regime prisional, registro que a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas na empreitada criminosa, aliadas aos outros elementos probatórios coligidos aos autos, demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

Nesse sentido, confirmam-se precedentes de ambas as Turmas que examinam matéria penal:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PROCESSOS EM CURSO E REGISTRO DE ATOS INFRACIONAIS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTO VÁLIDO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

1. A jurisprudência dessa Corte Superior pacificou o entendimento no sentido de que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (EREsp n. 1.431.091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 1º/2/2017). Na mesma esteira é o entendimento desta Corte no sentido de que registros de atos infracionais cometidos pelo réu, especialmente quando análogos ao delito de tráfico, são aptos a afastar a incidência do benefício (AgRg no REsp 1560667/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 23/10/2017).

2. No caso, o Tribunal a quo, em virtude da existência de anotações de processos em curso e de registros da prática de atos infracionais análogos ao delito de tráfico, entendeu que o paciente se dedica a atividades criminosas, de forma que não foram atendidas as diretrizes exigidas para o reconhecimento do privilégio.

**3. A gravidade concreta do delito, evidenciada pela expressiva quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, o que foi efetivamente esclarecido pelo acórdão impugnado, é fundamento idôneo para recrudescer o regime prisional. Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou ainda outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, é condição apta a recrudescer o regime prisional, em**

**detrimento apenas do quantum de pena imposta.**

4. Uma vez inalterado o quantum de pena privativa de liberdade, o qual permanece em patamar superior a 4 anos de reclusão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de cumprimento do requisito objetivo, previsto no art. 44 do Código Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 645.218/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 8/3/2021).

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.**

1. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. 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 do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em 10 meses de reclusão com fundamento na quantidade e na diversidade dos entorpecentes - 580,8g de maconha, 48,3g de cocaína, 25,2g de haxixe e 10,4g de crack -, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos).

4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

5. Concluído pelo Juiz sentenciante e o Tribunal de origem que as circunstâncias fáticas do delito indicam

serem os réus habituais na atividade criminosa, uma vez que foram surpreendidos, após denúncia anônima de estarem traficando em uma viela, com expressiva e variada quantidade de drogas - 448 invólucros plásticos de maconha (580, 8g), 129 microtubos de cocaína (48,3g), 46 porções de haxixe (25,2g) e 77 invólucros plásticos de crack (10,4g) -, sendo recolhido, ainda, com o paciente R\$ 1.545,55 em notas trocadas (e-STJ, fl. 763), a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. *Precedentes.*

6. Esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.

**7. Embora o paciente seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais (quantidade e variedade dos entorpecentes), nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.**

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 640.643/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 8/3/2021).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENHIDAS (MAIS DE 240 PORÇÕES DE DIVERSAS NATUREZAS). ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 33, § 3º, DO CP. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES.

1. Há precedentes desta Casa segundo os quais, concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente integrava organização criminosa ou, ao menos, dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus (HC n. 372.505/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta turma, DJe 16/12/2016).

2. Também há julgados expondo que é possível que o órgão julgador, ao analisar o caso concreto, em observância do princípio da individualização da pena, determine o regime de seu cumprimento mais severo, dependendo das circunstâncias judiciais do apenado.

3. Hipótese em que o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas foi devidamente fundamentado, não se vislumbrando, nesse ponto, ilegalidade flagrante, passível de correção por meio de habeas corpus. Isso porque, tendo as instâncias ordinárias reconhecido situação impeditiva da aplicação da causa especial de redução da pena, com base nas circunstâncias fáticas (quantidade de porções e variedade de tipos de drogas, bem como na forma como se deu a prisão do agente), para modificar tal entendimento, seria necessário o procedimento inadmissível e incabível na via eleita.

**4. No caso, foi fixado o regime prisional fechado, com base em motivação concreta, tendo sido destacada a relevante quantidade (mais de 240 porções), diversidade (crack, cocaína, maconha, lança-perfume e ecstasy) e natureza dos entorpecentes apreendidos.**

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 538.191/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 29/9/2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. LIMITE OBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há como aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando verificado que a Corte de origem - dentro do seu livre convencimento motivado - apontou elementos concretos dos autos que evidenciam a dedicação do acusado a atividades criminosas.

**2. As peculiaridades do caso concreto (quantidade e natureza da droga) justificam a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada.**

3. Fica mantida a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal (sanção superior a 4 anos de reclusão).

4. Ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas que permitam a análise do caso sob outro enfoque, deve ser mantida a decisão agravada.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 556.796/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 17/6/2020).

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0103415-1

**AgRg no  
HC 658.322 / SP  
MATÉRIA CRIMINAL**

Número Origem: 15005167120208260542

EM MESA

**JULGADO: 18/05/2021**

**Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : LEANDRO MENESES PEREIRA  
ADVOGADO : LEANDRO MENESES PEREIRA - SP400710  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : GULITY FERNANDO KIFFER SILVA (PRESO)  
CORRÉU : GABRIEL DOS SANTOS FERREIRA  
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 : GULITY FERNANDO KIFFER SILVA (PRESO)  
ADVOGADO : LEANDRO MENESES PEREIRA - SP400710  
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 Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.