



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 524.393 - MG (2019/0224435-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **JEAN CARLOS SANTOS VIEIRA**
ADVOGADOS : **GABRIELA FONSECA DE LIMA - SP252422**
 AHMAD LAKIS NETO - SP294971
 DOUGLAS RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP327671
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INCABÍVEL NA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. 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.

2. Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. Precedentes.

3. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou a incidência do redutor especial da Lei de Drogas, por entender que as circunstância do delito, sobretudo a expressiva quantidade de droga apreendida - 22,215Kg (vinte e dois quilos e duzentos e quinze gramas) de cocaína, evidenciam o envolvimento habitual do paciente na traficância. Logo, a alteração desse entendimento demanda o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, inviável em sede de *habeas corpus*.

4. Embora a pena definitiva tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão e o paciente seja primário, o regime fechado é o adequado à prevenção e à reparação do delito, haja vista a quantidade das drogas apreendidas (22kg de cocaína), circunstância devidamente valorada na primeira etapa da dosimetria, nos termos do art. 33, § 2º e 3º, do CP e art. 42 da Lei de Drogas.

5. Agravo regimental não provido.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 524.393 - MG (2019/0224435-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **JEAN CARLOS SANTOS VIEIRA**
ADVOGADOS : **GABRIELA FONSECA DE LIMA - SP252422**
 AHMAD LAKIS NETO - SP294971
 DOUGLAS RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP327671
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por **JEAN CARLOS SANTOS VIEIRA** de decisão na qual não conheci do *habeas corpus*, diante da ausência de manifesta ilegalidade imposta ao réu.

O agravante reitera ser devida a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, conforme reconhecido com muita propriedade pelo Magistrado de 1ª instância. Destaca que "é primário e não registra antecedentes criminais (Súmula 444 do ST.I). Possui ocupação lícita e não integra organização criminosa e nem se dedicava ao crime de forma habitual." Ressalta que a quantidade de droga não é fundamento válido para vedar a aplicação da referida minorante.

Requer "caso superado o juízo de retratação, seja o mesmo levado à Turma, para que esta proveja o agravo e julgue o mérito do *habeas corpus*, concedendo-se a ordem nos termos do pedido veiculado na exordial, aplicando-se o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, bem como seja fixado regime inicial diverso do fechado, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Subsidiariamente, cm caso de entendimento diverso, o que se admite por cautela, requer seja fixado o regime inicial semiaberto."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 524.393 - MG (2019/0224435-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : JEAN CARLOS SANTOS VIEIRA
ADVOGADOS : GABRIELA FONSECA DE LIMA - SP252422
AHMAD LAKIS NETO - SP294971
DOUGLAS RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP327671
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INCABÍVEL NA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. 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.

2. Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. Precedentes.

3. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou a incidência do redutor especial da Lei de Drogas, por entender que as circunstância do delito, sobretudo a expressiva quantidade de droga apreendida - 22,215Kg (vinte e dois quilos e duzentos e quinze gramas) de cocaína, evidenciam o envolvimento habitual do paciente na traficância. Logo, a alteração desse entendimento demanda o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, inviável em sede de *habeas corpus*.

4. Embora a pena definitiva tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão e o paciente seja primário, o regime fechado é o adequado à prevenção e à reparação do delito, haja vista a quantidade das drogas apreendidas (22kg de cocaína), circunstância devidamente valorada na primeira etapa da dosimetria, nos termos do art. 33, § 2º e 3º, do CP e art. 42 da Lei de Drogas.

5. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A irresignação não merece acolhimento.

O agravante não trouxe argumentos suficientemente capazes de infirmar o *decisum* impugnado, motivo pelo qual o mantenho por seus próprios fundamentos:

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal de origem negou o tráfico privilegiado ao paciente sob a seguinte motivação:

[...]

A benesse prevista no referido dispositivo, portanto, destina-se ao agente que incide nas condutas do caput ou do § 1º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, de forma ocasional, ou seja, na situação em que o tráfico só ocorreu por um desvio de conduta e que tende a não se repetir.

A norma insculpida no § 4º, do art. 33, da referida Lei é inovadora, na medida em que prevê uma causa de diminuição às novas sanções, mais severas do que aquelas constantes da antiga Lei antidrogas (6.368/76), permitindo, assim, ao julgador, diante da situação concreta, mitigar a sanção penal do traficante ocasional que preencha todos requisitos previstos no referido dispositivo.

Resta clara a intenção do legislador de permitir uma punição menos severa ao denominado traficante de 'primeira viagem', visando prevenir a reiteração da conduta do agente, na tentativa de evitar que ele venha a integrar organizações criminosas, cuja atuação no comércio de drogas é patente.

Com efeito, a concessão da benesse em comento está calcada no caráter esporádico da conduta realizada e pressupõe a ausência de elementos subjetivos e objetivos que permitam concluir que o agente não tem o crime como modo de vida e, portanto, que não se dedica a atividades criminosas.

No caso em tela, verifica-se que o acusado Jean, apesar de primário e portador de bons antecedentes (CAC f. 170/171), não preenche os requisitos necessários para o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, haja vista que a natureza e a exorbitante quantidade de droga apreendida demonstra que este se dedica a atividades criminosas, conforme restou comprovado nos autos.

Nesse ponto, vale trazer as ponderações de Jayme Walmer de Freitas, Juiz criminal em Sorocaba/SP, expostas em seu artigo "A causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei antidrogas. O conceito de atividades criminosas. Critérios judiciais para aferição da sua aplicabilidade".

[...]

In casu, as circunstâncias fático-probatórias atestam a dedicação do acusado Jean Carlos a atividades criminosas, mormente a qualidade e a enorme quantidade de droga apreendida, vale dizer, 22,215Kg (vinte e dois quilos e duzentos e quinze gramas) de cocaína, conforme laudo toxicológico definitivo (f.47-48).

Como apresentado alhures, as circunstâncias do delito revelam o envolvimento do acusado no tráfico de drogas e demonstram não se tratar de traficante ocasional. Restando, portanto, evidente sua dedicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a atividades criminosas, sendo, pois, inviável a aplicação da minorante em questão.

[...]

Diante disso, tendo em vista que o acusado Jean não preenche todos os requisitos legais (dedicação a atividades criminosas) e que estes são cumulativos, torna-se inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, de modo que merece acolhimento o pleito ministerial de afastamento da benesse em tela.

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

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 integrem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, o Tribunal de origem negou a aplicação da minorante ao paciente por entender que as circunstâncias do delito, especialmente a quantidade e a qualidade da droga apreendida denotariam sua habitualidade delitiva, não podendo ser ele classificado como um "traficante ocasional".

Desse modo, assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, que o paciente se dedica ao comércio ilícito de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de 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*.

A propósito:

"[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; d) não integre organização criminosa.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem concluíram, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, na confissão parcial do corréu, e na quantidade de entorpecentes apreendida, que se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

[...]

2. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 384.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017);

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. JUSTIFICADO PELA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, observa-se que, na esteira da jurisprudência desta Corte, o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes levando em conta a expressiva quantidade de droga apreendida. Assim, a modificação desse entendimento - para acolher a pretensão de que ele não se dedica à atividade criminosa - exige o revolvimento do conteúdo fático-probatório, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

[...]

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1.508.714/ES, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 13/08/2019)

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO DO AGRAVANTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi o de dedicação do paciente a atividades criminosas, com base na quantidade, variedade e nocividade da droga, bem como a partir das circunstâncias nas quais foi apreendida. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

[...]

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 502.459/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 23/05/2019).

Vale anotar também que o STJ 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pelo STF no ARE n. 666.334/AM.

Cito, por oportunos, os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO *NE BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL E PARA JUSTIFICAR O AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO. POSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA, VALORADAS NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA, QUE ENSEJA A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste 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.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- 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.

- No caso, foi afastada a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada pelas circunstâncias em que o delito ocorreu, indicativas do tráfico habitual. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

- Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade da droga justifique



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a exasperação da pena-base e fundamente o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Precedentes.

- Na espécie, destaque-se que a quantidade da droga apreendida, embora utilizada na primeira fase para justificar a exasperação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mas, sim, como um dos fatores impeditivos do seu reconhecimento, incorrendo, assim, a alegada ofensa ao primado do *ne bis in idem*. Precedentes.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 413.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe 13/11/2017.)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

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

4. Trata-se de hipótese diversa daquela versada 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).

Habeas corpus não conhecido."

(HC 401.277/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 26/10/2017.)

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, melhor sorte não assiste à defesa.

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Como se verifica, embora a pena definitiva tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão e o paciente seja primário, o regime fechado é o adequado à prevenção e à reparação do delito, haja vista a quantidade das drogas apreendidas (22kg de cocaína), circunstância devidamente valorada na primeira etapa da dosimetria.

Nesse sentido:

"[...] REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE PENA. IDONEIDADE. SUBSTITUIÇÃO. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Consideradas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, foi fixada a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, mostrando-se adequado o estabelecimento do regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal.

[...]

4. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC 499.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019)

"[...] 4. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação de regime prisional fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Ordem de *habeas corpus* denegada."

(HC 491.328/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 01/07/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O regime inicial fechado é, na espécie, o mais adequado para a prevenção e a repressão do crime praticado, nos termos dos arts. 33, § 2º, "a", do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006, notadamente em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e da quantidade de droga apreendida.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1797775/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 27/05/2019)" (e-STJ, fls. 106-112).

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0224435-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 524.393 / MG**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0012720872017 0018958252017 00189582520178130382 12720872017 18958252017
189582520178130382

EM MESA

JULGADO: 19/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GABRIELA FONSECA DE LIMA
ADVOGADOS : GABRIELA FONSECA DE LIMA - SP252422
AHMAD LAKIS NETO - SP294971
DOUGLAS RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP327671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JEAN CARLOS SANTOS VIEIRA
CORRÉU : EMERSON PAULO DOS SANTOS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 : JEAN CARLOS SANTOS VIEIRA
ADVOGADOS : GABRIELA FONSECA DE LIMA - SP252422
AHMAD LAKIS NETO - SP294971
DOUGLAS RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP327671
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.