



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 736108 - SP (2022/0108523-7)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : FELLIPE FULFARO SORRINI GONCALVES (PRESO)
ADVOGADOS : GUILHERME MOREIRA MIRANDA - SP441392
LUCIANA NOVAES DE BARROS NASCIMENTO E OUTROS -
SP434545
NAILSA CARLOS ROCHA - SP436125
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. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. *BIS IN IDEM* NÃO CONFIGURADO. APREENSÃO DE BALANÇA DE PRECISÃO, ANOTAÇÕES RELATIVAS AO COMÉRCIO DE DROGAS E MAIS DE R\$ 40.000,00 (40 MIL REAIS) PROVENIENTES DO TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não há previsão legal que defina o *quantum* da fração deve ser aplicada para exasperação da pena-base, devendo o julgador analisar as peculiaridades de cada caso e, respeitando os princípios legais para imposição das penas, estabelecer fundamentadamente a reprimenda.

2. No caso em questão, a expressiva quantidade de drogas – 165,94kg – justifica o incremento na pena-base, tendo em vista a maior afetação ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, qual seja, a saúde pública.

3. No tocante à incidência do *bis in idem*, nota-se que a quantidade de drogas não foi o elemento crucial para a negativa do privilégio previsto no § 4º do art. 33, da Lei de Entorpecentes. Isto pois, além das substâncias encontradas, foram apreendidos uma balança de precisão, um caderno com anotações inerentes ao tráfico e mais de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) em espécie, demonstrando, assim, a dedicação do agravante à atividade criminosa.

4. Agravo 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 Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de agosto de 2022.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 736108 - SP (2022/0108523-7)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : FELLIPE FULFARO SORRINI GONCALVES (PRESO)
ADVOGADOS : GUILHERME MOREIRA MIRANDA - SP441392
LUCIANA NOVAES DE BARROS NASCIMENTO E OUTROS -
SP434545
NAILSA CARLOS ROCHA - SP436125
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. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. *BIS IN IDEM* NÃO CONFIGURADO. APREENSÃO DE BALANÇA DE PRECISÃO, ANOTAÇÕES RELATIVAS AO COMÉRCIO DE DROGAS E MAIS DE R\$ 40.000,00 (40 MIL REAIS) PROVENIENTES DO TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não há previsão legal que defina o *quantum* da fração deve ser aplicada para exasperação da pena-base, devendo o julgador analisar as peculiaridades de cada caso e, respeitando os princípios legais para imposição das penas, estabelecer fundamentadamente a reprimenda.

2. No caso em questão, a expressiva quantidade de drogas – 165,94kg – justifica o incremento na pena-base, tendo em vista a maior afetação ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, qual seja, a saúde pública.

3. No tocante à incidência do *bis in idem*, nota-se que a quantidade de drogas não foi o elemento crucial para a negativa do privilégio previsto no § 4º do art. 33, da Lei de Entorpecentes. Isto pois, além das substâncias encontradas, foram apreendidos uma balança de precisão, um caderno com anotações inerentes ao tráfico e mais de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) em espécie, demonstrando, assim, a dedicação do agravante à atividade criminosa.

4. Agravo desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Regimental contra decisão de minha lavra (fls. 85/96), na qual indeferir liminarmente o *habeas corpus* por não vislumbrar desproporcionalidade na exasperação da pena base e no afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

No presente agravo, a defesa sustenta que o aumento da pena base em 1/2 se mostra desproporcional, devendo a fração ser redimensionada para 1/6.

Insiste que a natureza e quantidade de drogas foram usadas para aumentar a reprimenda na primeira fase, bem como para afastar a causa de diminuição da pena, evidenciando o instituto do *bis in idem*. Nesse sentido, sustenta que o paciente faz jus à referida benesse, considerando a primariedade e os bons antecedentes.

Requer, assim, o provimento do agravo e a concessão da ordem nos termos da inicial.

É o relatório.

VOTO

A decisão impugnada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

A propósito, confira-se o teor:

"Cuida-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em benefício de FELLIPE FULFARO SORRINI GONCALVES, contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO no julgamento da Apelação Criminal n. 1524375-88.2020.8.26.0228.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado em primeira instância pela prática dos crimes de tráfico e associação para o tráfico de drogas.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso para absolver o paciente do delito de associação para o tráfico e fixar a pena relativa ao crime de tráfico em 6 anos e 3 meses de reclusão, nos termos do acórdão que restou assim ementado:

Apelação. Tráfico de drogas e associação ao tráfico. Acusado surpreendido por policiais militares, no interior de veículo automotor de sua propriedade, na companhia de uma adolescente, e, na sequência, em um imóvel cujas chaves estavam em seu poder, na posse de 133 tijolos de maconha, um pote contendo maconha e 4 caixas contendo maconha a granel, com peso líquido total de 165,94kg, além de balanças de precisão, anotações próprias ao tráfico de drogas e mais de R\$ 40.000,00 em espécie. Condenação. Pleito defensivo almejando absolvição por carência de provas. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Acervo probatório documental e pericial corroborado pelos depoimentos firmes e coerentes prestados pelos policiais militares responsáveis pela ocorrência. Inexistência de ilegalidade na entrada dos policiais no referido imóvel, pois, conforme se extrai da dinâmica dos fatos, havia forte suspeita acerca da prática do crime de tráfico no local da abordagem, com prévia apreensão de tijolos de maconha no interior do veículo automotor conduzido pelo réu. Condenação mantida nesse ponto. Absolvição do acusado em relação ao crime do art.35 da Lei de Drogas por insuficiência do acervo probatório. Ausência de demonstração efetiva de um vínculo prévio associativo entre o acusado e qualquer outra pessoa, não tendo havido qualquer investigação específica para a apuração de tal delito no caso concreto. Redução das penas quanto ao crime de tráfico. Relevante quantidade de drogas apreendidas (165,94kg de maconha em tijolos e outras embalagens) que justifica a manutenção da fixação proporcional da pena-base do crime de tráfico em 1/2acima do piso legal.

Circunstância agravante da prática de delito durante calamidade pública, contudo, que não restou comprovada no caso concreto. Quantidade de entorpecentes que justifica o acréscimo da básica e, ao mesmo tempo, o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sem incidir em "bis in idem", haja vista a existência de indícios de dedicação à atividade criminosa. Recurso parcialmente provido somente para o fim de reduzir a reprimenda do réu pela prática do tráfico ilícito de drogas ao patamar de 6 anos e 3 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 625 dias-multa, calculados no piso legal, absolvendo-o, por outro lado, da prática do delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06, com fundamento no art. 386, inciso VII, do CPP (fls. 63/64).

No presente writ, a Defesa sustenta que o paciente está submetido à constrangimento ilegal em razão da não aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33º, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

Argumenta que o paciente é primário, sem antecedentes, foi absolvido do crime de organização criminosa e a quantidade de drogas foi utilizada para majorar a pena base.

Aduz que a pena base foi indevidamente majorada, devendo ser aplicada a fração de 1/6 sobre a pena mínima.

Requer, em liminar, que o paciente aguarde o julgamento do presente writ em liberdade e, no mérito, a redução da pena imposta ao paciente e a fixação de regime inicial mais brando.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

O Tribunal de origem, ao reformar a pena imposta ao paciente trouxe o seguinte:

O cálculo da respectiva reprimenda pela prática do crime de tráfico também comporta redução.

Na primeira fase do cálculo, diante da relevante quantidade de drogas apreendidas (165,94kg de maconha em tijolos e outras embalagens), fica mantida a fixação proporcional da pena-base em 1/2 acima do piso legal, em 7 anos e 6 meses de reclusão e 750 dias-multa, a teor do disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

Na segunda fase, ao contrário do constante na sentença, a circunstância agravante da calamidade pública não pode ser reconhecida no presente caso, porquanto os fatos em apreço não guardam relação com o estado de exceção mencionado (pandemia do coronavírus), não tendo sido comprovado, com rigor, que o acusado se aproveitou desse contexto para a prática da infração penal.

Em outras palavras, a mencionada agravante, prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, apenas deve incidir quando o agente se vale especificamente da situação de calamidade pública, ou seja, quando tira proveito da situação de desgraça alheia para facilitar a prática delitiva. O contexto de calamidade pública, ainda que decretado pelo Poder Público, não é apto à caracterização da agravante, no caso presente, a não ser que, por exemplo, se estivesse em cenário particularizado, como a falsificação de uma vacina ou o descumprimento de medida sanitária preventiva.

Por consequência, deve-se afastar a compensação entre a menoridade relativa do acusado (fl. 8) e a referida agravante relacionada à calamidade pública, com a redução da reprimenda do réu na fração de 1/6 em razão da aplicação da aludida circunstância atenuante, resultando em 6 anos e 3

meses de reclusão e 625 dias-multa.

Na terceira fase, é inviável a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Isso porque, não obstante seguirmos entendendo que o redutor é direito subjetivo do réu, de modo que, preenchidos os requisitos legais, a causa de diminuição importa reconhecimento, no caso em apreço, a grande quantidade de drogas indica não ser adequada a aplicação de tal medida em favor do apelante.

A interpretação do art. 42 da Lei nº 11.343/06 conduziu o Superior Tribunal de Justiça a decidir que a expressiva quantidade de entorpecente constitui circunstância hábil a denotar dedicação às atividades criminosas, podendo impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da legislação especial, à míngua do preenchimento dos requisitos legais.

É certo, ainda, que o presente caso envolve, além da quantidade relevante de drogas, a apreensão de balanças de precisão, anotações inerentes à prática do tráfico e R\$ 40.897,20 em dinheiro, tudo em poder do réu, elementos que, em seu conjunto, servem para fortalecer a conclusão no caso concreto de que o acusado não era mero iniciante na prática delitiva.

Destarte, em que pese a acusação não tenha demonstrado o ânimo de permanência para a associação do art. 35 da Lei de Drogas, as circunstâncias do feito bem demonstram que o acusado não preenche o predicado de simples neófito na atividade criminosa, ficando, pois, afastada a aplicação do redutor no caso concreto.

Nesse ponto, malgrado o entendimento divergente do ilustre relator designado, entendemos inexistir bis in idem em prejuízo do réu ao se valorar a quantidade de entorpecentes para o fim de aumentar a pena-base e, ao mesmo tempo, afastar a aplicação do aludido redutor, quando há, no caso, indícios de dedicação à atividade criminosa exatamente em decorrência da quantidade de drogas apreendidas.

Tal bis in idem ocorreria, em nossa ótica, somente se a circunstância desfavorável da quantidade de drogas fosse utilizada para mensurar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, reduzindo a fração de redução de pena a ser aplicada no caso concreto (fls. 62/76).

A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal – CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Sendo assim, é certo que o refazimento da dosimetria da pena em habeas corpus tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

Ressalte-se que não há critério matemático balizador de aumento da pena-base por cada circunstância judicial considerada negativa, e sim um controle de legalidade para averiguar se houve fundamentação concreta para o incremento.

No caso, encontra-se justificado o aumento em ½ da pena-base, não se constatando ilegalidade na dosimetria então fixada, tendo em vista a elevada quantidade/natureza das drogas apreendidas – 165,94g maconha–, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n.11.343/2006, o qual prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59, do CP.

Sendo assim, não é possível desconsiderar a valoração negativa dos referidos vetores ou mesmo reduzir

o quantum de aumento, como pretende a defesa.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA, FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.

2. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual 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. Precedentes 3. No presente caso, em atenção às diretrizes do art. 59 do CP e do art. 42 da Lei de Drogas, houve a consideração da elevada quantidade do entorpecente apreendido, 183 (cento e oitenta e três) tijolos de maconha, pesando 107,825 kg (cento e sete quilos, oitocentos e vinte e cinco gramas), para exasperar a pena-base em metade (1/2), não havendo qualquer ilegalidade no referido fundamento, uma vez que proporcional e adequado ao caso.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1988712/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2022, DJe 11/04/2022).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/2 (METADE) EM RAZÃO DA EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALEGADA OFENSA À SÚMULA N. 440 DESTA CORTE SUPERIOR. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, fixou orientação no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas não são circunstâncias que permitem aferir, por si sós, o grau de envolvimento dos Acusados com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas, ou, ainda, justificar a modulação da fração desse benefício.

2. Deve ser preservado o entendimento da Terceira Seção no sentido de que a quantidade de entorpecente deve ser levada em consideração na primeira fase da dosimetria penal e não pode ser o único fundamento utilizado para negar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, podendo, no entanto, legitimar a modulação da fração, desde que já não tenha sido considerada na primeira etapa do cálculo da pena.

3. Ante a consolidação jurisprudencial e dentro do livre convencimento motivado, entende-se proporcional e suficiente a aplicação do redutor na fração de 1/2 (metade), em razão da expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos em poder do Agravante.

4. Embora o Agravante seja primário e a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o Tribunal de origem manteve o regime inicial semiaberto e negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não somente em razão do quantum final da pena reclusiva - redimensionada na decisão agravada - mas também em face da expressiva quantidade dos entorpecentes, fundamentação que não destoa do entendimento desta Corte Superior. Precedentes.

5. Aplicável o entendimento no sentido de que "inexiste ofensa ao disposto nas Súmulas n. 440/STJ, n. 718/STF e n. 719/STF

quando é apontado dado fático suficiente a indicar gravidade concreta do delito" (AgRg no AREsp 1.798.892/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 05/04/2021).

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 562.867/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2022, DJe 08/04/2022).

[...]

Como cediço, o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas disciplina a incidência de causa especial de redução da pena, hipótese denominada pela doutrina como "tráfico de drogas privilegiado". O dispositivo contém a seguinte redação:

Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sendo assim, para que o réu possa ter o benefício da diminuição, deverá cumprir, cumulativamente, 4 requisitos, quais sejam: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não se dedicar às atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa.

Os dois pressupostos iniciais são de avaliação estritamente objetiva, basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. Quanto às duas últimas condições, a análise envolve apreciação subjetiva do magistrado processante, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, para aferir se o apenado se dedicava às atividades criminosas ou integrava organização criminosa.

No caso em análise, as instâncias ordinárias afirmaram a dedicação do paciente a atividade criminosa a partir de circunstâncias concretas evidenciadas nos autos. No ponto, destacou-se apreensão de balanças de precisão, anotações referentes a contabilidade do comércio de drogas e a elevada quantidade de dinheiro em espécie apreendida (40 mil reais).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. PACIENTE QUE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- 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, extrai-se que as instâncias ordinárias formaram sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para afastar a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual, especialmente tendo em vista a existência de denúncias no sentido de que o paciente traficava (sentença e-STJ fl. 50), bem como a apreensão de objetos para a traficância, tal como balança, anotações sobre o tráfico,

contendo quantidades, valores e pesos, o que denota a dedicação às atividades criminosas. Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 729.295/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 31/03/2022).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada tendo como fundamento a variada e a expressiva quantidade de entorpecente, apreendida juntamente com balança de precisão e anotações da traficância. Portanto, assentado pelas instâncias antecedentes, com base em elementos colhidos nos autos, que o paciente se dedica a atividade criminosa, 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.

2. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, revela-se adequada a escolha do regime inicial fechado, diante da aferição negativa de circunstância judicial, nos termos do art. 33, §2º e 3º, III, "a", do CP.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 723.937/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 01/04/2022).

Ressalto que não ocorre bis in idem na dosimetria, porquanto a quantidade de entorpecente apreendido foi utilizada apenas de maneira supletiva aos outros elementos que evidenciam a dedicação do paciente ao tráfico de drogas.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO: IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE, EM JUÍZO, NEGOU A POSSE DAS DROGAS E A PARTICIPAÇÃO NO FURTO. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. EVIDÊNCIA DE DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte tem entendido que: Evidenciado que a confissão informal do réu somente foi explicitada na transcrição dos depoimentos dos policiais condutores, não tendo, todavia, sido utilizada em momento algum para embasar a condenação, sequer citada pelo magistrado sentenciante, deve ser afastada a possibilidade de reconhecimento da atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal (AgRg no AREsp 1.599.610/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/2/2020, DJe de 12/2/2020).

2. Na hipótese em exame, ainda que os depoimentos dos policiais que efetuaram o flagrante tenham feito alusão a suposta confissão informal dos réus de que haviam adquirido os entorpecentes para revenda, em sede inquisitorial o paciente permaneceu em silêncio e, em juízo, negou categoricamente qualquer envolvimento com a droga encontrada em uma sacola carregada por seu sobrinho que estava a seu lado, assim como negou ter participado do furto da arma de fogo, admitindo apenas guardar a arma a si entregue pelo perpetrador do furto. Ademais, a sentença não formou seu convencimento com base na suposta confissão informal do paciente.

3. 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.

4. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, 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, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

5. A utilização supletiva da natureza e quantidade da droga para o afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, possam indicar a dedicação do agente à atividade criminosa ou integração à organização criminosa. Precedente: REsp 1.887.511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2021, DJe 01/07/2021.

6. No caso concreto, as instâncias ordinárias concluíram que o paciente se dedicava a atividades criminosas e afastaram a aplicação do redutor, considerando não apenas a quantidade e a variedade da droga apreendida em seu poder (944,4g de maconha e 1,47g de cocaína), mas também o fato de que dias antes havia cometido delito de furto.

7. Rever o entendimento assentado pelas instâncias ordinárias demandaria revolvimento de material fático-probatório, incompatível com a via estreita do habeas corpus.

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 702.226/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 13/12/2021).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. INFORMAÇÕES OBTIDAS PELA POLÍCIA SOBRE O TRÁFICO. APREENSÃO DE DINHEIRO. ENVOLVIMENTO DE OUTRO AGENTE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. 781,6G DE MACONHA. CIRCUNSTÂNCIAS APURADAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DA PENA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. ENVOLVIMENTO NA TRAFICÂNCIA. QUANTIDADE DA DROGA. REGIME MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As instâncias ordinárias afastaram a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 com fundamento nas circunstâncias do crime que demonstravam a dedicação do paciente a atividades criminosas. Na oportunidade, destacou-se que o delito era praticado em concurso de agentes, as drogas eram distribuídas a usuários que faziam pedidos por aplicativo de celular, foi encontrada relevante quantidade de dinheiro oriunda da venda de tóxicos e, supletivamente, ressaltada a significativa quantidade droga apreendida (781,6g de maconha).

2. 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. O regime mais gravoso está devidamente fundamentado na gravidade concreta da conduta, evidenciada sobretudo pelo envolvimento na traficância, além da quantidade da droga, não havendo, dessa forma, possibilidade de fixação de regime mais brando.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 698.251/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 21/03/2022).

Do mesmo modo, a elevada quantidade de droga apreendida retrata circunstância que extrapola o âmbito de proteção do tipo penal mencionado, justificando o incremento da pena em seu aspecto qualitativo, qual seja, a fixação do regime inicial fechado.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA RECONHECIDAS NA ORIGEM, COM BASE EM DADOS CONCRETOS. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE, NA HIPÓTESE, DE AMPLA REAPRECIÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE DE SE RECONHECER O TRÁFICO PRIVILEGIADO. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As instâncias de origem apontaram elementos concretos suficientes a respaldar os requisitos de estabilidade e de permanência do crime de associação para o tráfico, pois foi ressaltado que o Acusado negociava a venda dos entorpecentes "pelo celular, máquina de cartão, em grupos de WhatsApp e Facebook", bem como conversava "sobre venda de maconha de 'qualidade' ('Colômbia') e de dividirem o valor do produto do crime. [...] Nas demais conversas, os acusados negociam o preço de drogas com os usuários e local para entrega", além do fato da utilização de uma casa somente para armazenar os entorpecentes.

2. Nessa conjuntura, não é possível afastar a conclusão das instâncias de origem quanto à condenação pelo crime previsto no art. 35, caput, da Lei de Drogas, pois tal providência demandaria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra possível no âmbito estreito do habeas corpus.

3. Tendo sido o Réu condenado pelo crime de associação para o tráfico, circunstância que evidencia a dedicação do Agravante às atividades criminosas, é descabido o pleito de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas.

4. A Corte de origem, ao dar parcial provimento ao apelo do Ministério Público, fixou a pena-base do Agravante acima do mínimo legal, em razão da quantidade da droga apreendida - 2.825,72 de maconha -, de forma que o regime inicial mais gravoso encontra respaldo no art. 33, § 3.º, c.c. o art. 59 do Código Penal.

5. Agrado regimental desprovido.

(AgRg no HC 729.190/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2022, DJe 08/04/2022).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS UTILIZADAS PARA MODULAR O REDUTOR DE PENA. REGIME PRISIONAL INICIAL SEMIABERTO. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A prolação de decisão monocrática pelo ministro relator não representa violação ao princípio da colegialidade, como aponta a defesa do agravante, pois está autorizada pelo art. 34, inciso XX, do Regimento Interno desta Corte. Tal entendimento foi consolidado pela jurisprudência deste Tribunal no enunciado n. 568 da Súmula, aplicável ao caso, *mutatis mutandis*. Ademais, os temas decididos monocraticamente sempre poderão ser levados à análise do Órgão Colegiado por meio do controle recursal, via interposição de agrado regimental, como foi feito na espécie.

2. Na identificação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Assim, a modulação do redutor do tráfico privilegiado, em razão da diversidade, quantidade e nocividade das drogas apreendidas, justifica o recrudescimento do regime prisional inicial. Precedentes.

3. Agrado regimental a que se nega provimento.

Ausente, portanto, qualquer constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, com fundamento no art. 210, do Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, indefiro liminarmente o presente habeas corpus." (fls. 85/96)

Como se observa, o paciente foi condenado pelo crime de tráfico de drogas por estar na posse de 165,94kg de maconha (fracionados em tijolos e em carga a granel) e de apetrechos que evidenciam dedicação a traficância.

Na primeira fase da dosimetria, o magistrado sentenciante aplicou a fração de 1/2 para aumentar a pena base considerando a quantidade de drogas. Nesse sentido, não há previsão legal que defina o *quantum* da fração deve ser aplicada, devendo o julgador analisar as peculiaridades de cada caso e, respeitando os princípios legais para imposição das penas, estabelecer fundamentadamente a reprimenda.

Por certo, no caso em questão, a expressiva quantidade de drogas justifica o incremento na pena-base, não havendo falar em direito ao aumento da pena-base em no máximo 1/6.

Nesse sentido, em reforço aos precedentes colacionados na decisão agravada, trago os seguintes julgados:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO EM PATAMAR SUPERIOR A 1/6. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.

2. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual 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.

3. No presente caso, em atenção às diretrizes do art. 59 do CP e do art. 42 da Lei de Drogas, houve a consideração da elevada quantidade do entorpecente apreendido (91,475kg de maconha), para exasperar a pena-base em 1/2 (metade), pelo delito de tráfico, o que se mostra proporcional e razoável.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.972.351/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 25/2/2022).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1,700 KG DE MACONHA, 133,509 G DE MACONHA, 0,580 G DE MACONHA, 5,999 G DE COCAÍNA, 5,551 G DE COCAÍNA E 4,078 G DE COMPRIMIDOS DE ECSTASY. BALANÇA DE PRECISÃO, CADERNO DE ANOTAÇÕES E QUANTIA EM DINHEIRO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO DE 1/2. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Além da quantidade considerável de drogas, também houve a apreensão de balança de precisão, caderno de anotações e determinada quantia em dinheiro, portanto razoável que a fração de redução tenha sido fixada em 1/2.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 717.594/GO, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 20/5/2022).

No tocante à suposta ocorrência *bis in idem*, nota-se que a quantidade de drogas não foi o elemento crucial para a negativa do privilégio previsto no § 4º do art. 33, da Lei de Drogas. Isto pois, além das substâncias encontradas, foram apreendidos uma balança de precisão, um caderno com anotações inerentes ao tráfico e mais de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) em espécie, oriundos da atividade ilícita.

Deste modo, a tese defensiva não encontra respaldo, pois a quantidade de entorpecentes foi utilizada de forma supletiva, tendo o conjunto fático demonstrado a dedicação do agravante à atividade criminosa, ensejando, assim, o afastamento da benesse, A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE DA MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FUNDAMENTO INIDÔNIO DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

I - Conforme orientação do col. STF, a circunstância desfavorável da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos pode ser considerada ora na primeira fase, para exasperar a pena-base, ora na terceira fase da dosimetria, impedindo a aplicação ou modulando a fração de redução da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

II - No presente caso, não se considerou o privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ao fundamento de que o agravante se dedicava às atividades criminosas, lastreando-se na natureza e quantidade de droga apreendida, qual seja, 3kg de cocaína, além de apetrechos relacionados ao tráfico (balança de precisão, rolos de sacos plásticos e fitas adesivas, caixa de luvas descartáveis e máscaras faciais) e vultoso numerário em espécie (mais de R\$ 3.000,00) sem comprovação de origem lícita, a evidenciar que ele dedicar-se-ia à atividade criminosa, não fazendo jus, portanto, à incidência da minorante, conforme previsto na norma supracitada. Assim, a fundamentação exarada é adequada ao caso concreto e justificam o afastamento da figura do tráfico privilegiado. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.918.495/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 30/3/2021).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO. BUSCA PESSOAL. CIRCUNSTÂNCIAS QUE JUSTIFICAM A ADOÇÃO DA MEDIDA INVASIVA. FUNDADAS RAZÕES. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO VERIFICADA. ELEMENTOS FACTUAIS QUE DENOTAM A DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO. REQUISITO OBJETIVO NÃO ATENDIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A disciplina que rege a busca pessoal, nos termos do art. 244 do Código de Processo Penal, exige prévia e fundada suspeita de que a pessoa a ser abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

2. Neste caso, policiais realizavam patrulhamento de rotina, quando encontraram 77g de maconha no interior do veículo conduzido pelo ora agravante. Em seguida, os militares se dirigiram até o endereço residencial indicado por ele, onde foram encontrados oito pacotes contendo 379g de ecstasy, e cerca de 4kg de maconha, além de quase R\$ 6 mil em espécie, duas balanças de precisão e um caderno com anotações sobre vendas de entorpecentes.

3. Portanto, é possível extrair, a partir da documentação carreada aos autos, elementos fáticos que justificam a decisão de realizar tanto a busca corporal quanto a domiciliar, de maneira que não se pode falar em ilicitude das provas obtidas a partir de tais diligências.

4. A utilização da natureza e quantidade de entorpecentes para majorar a pena-base e também na terceira fase da dosimetria só configura bis in idem quando,

nesta última, modular o redutor.

5. Neste caso, a quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes apreendidos foi empregada como circunstância negativa para exasperar a pena-base. Já na terceira fase, foram indicados outros elementos, como a presença de caderno de anotações, balanças de precisão e elevada quantidade em dinheiro, de modo que não há que se falar em bis in idem, como bem destacado pelas instâncias antecedentes.

6. Diante da presença de circunstância judicial negativa, inviável o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena. Além disso, a pena estabelecida em patamar superior a quatro anos de reclusão inviabiliza a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 729.576/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022).

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao presente agravo regimental.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0108523-7

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
HC 736.108 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15243758820208260228 22894902020

EM MESA

JULGADO: 23/08/2022

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUÍS OPPERMAN THOMÉ

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUCIANA NOVAES DE BARROS NASCIMENTO E OUTROS
ADVOGADOS : GUILHERME MOREIRA MIRANDA - SP441392

LUCIANA NOVAES DE BARROS NASCIMENTO - SP434545
NAILSA CARLOS ROCHA - SP436125

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELLIPE FULFARO SORRINI GONCALVES (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 : FELLIPE FULFARO SORRINI GONCALVES (PRESO)
ADVOGADOS : GUILHERME MOREIRA MIRANDA - SP441392
LUCIANA NOVAES DE BARROS NASCIMENTO E OUTROS -
SP434545

NAILSA CARLOS ROCHA - SP436125

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 Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

C5425245150541:1018-41@

2022/0108523-7 - HC 736108 Petição : 2022/0033673-9 (AgRg)