



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 607.585 - SP (2020/0212525-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : RONY DAS MERCES NOBREGA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BEATRIZ DOS SANTOS MATTOS - SP384722
OUTRO NOME : RONI DAS MERCÊS NOBREGA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO *HABEAS CORPUS*. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO EM LEI. 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*.

– Inexiste o suscitado *bis in idem*, porquanto o reconhecimento do tráfico privilegiado foi negado ao paciente, não apenas em virtude da expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas – *119,8 gramas de maconha, 44,2 gramas de cocaína e 26 gramas de crack* (e-STJ, fl. 4) –, mas também em virtude das circunstâncias que levaram à sua prisão em flagrante – *em local conhecido pela polícia como ponto de tráfico de drogas, com os entorpecentes já fracionados e prontos para revenda (46 porções de maconha, 13 pinos de cocaína e 209 porções de crack), além de numerário e de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma caderneta na qual havia anotações relacionadas à mercancia –, associado ao fato de ele não haver comprovado o exercício de atividade lícita, tudo isso a indicar que o paciente não se tratava de traficante eventual, não fazendo, portanto, jus à referida minorante. Precedentes.

– Apesar de o montante da pena (5 anos de reclusão) permitir, em tese, a fixação do regime intermediário, deve ser mantido o regime prisional mais gravoso, haja vista a gravidade concreta da conduta perpetrada, o que está em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior, que é unânime 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*, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do *quantum* de pena imposta. Precedentes.

– É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não atendimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

– 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 provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de setembro de 2020(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 607.585 - SP (2020/0212525-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : RONY DAS MERCES NOBREGA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BEATRIZ DOS SANTOS MATTOS - SP384722
OUTRO NOME : RONI DAS MERCÊS NOBREGA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

RONY DAS MERCES NOBREGA agrava regimentalmente contra decisão de minha Relatoria, na qual não conheci do writ porque substitutivo de recurso próprio. Não obstante isso, ao analisar os autos, concluí que as pretensões formuladas pela impetrante encontravam óbice na jurisprudência consolidada desta Corte de justiça, e na legislação penal, sendo, portanto, manifestamente improcedentes.

Afirma o agravante, contudo, que *a quantidade e variedade das drogas apreendidas neste caso não pode levar ao afastamento do redutor por completo*, pois é *primário e jamais teve envolvimento com a polícia* (ambas à e-STJ, fl. 676).

Assevera, também, que *a quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos não é tão expressiva a ponto de atribuir maior desvalor à gravidade da conduta para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso* (e-STJ, fl. 678), e que essa circunstância já foi apreciada na terceira fase da dosimetria da pena para afastar o privilégio, constituindo *bis in idem* utilizá-la novamente para fixar o regime inicial fechado.

Pugna, por isso, pela reconsideração do *decisum* ou pela submissão do feito ao órgão Colegiado, para que seja reformada a decisão recorrida e as sanções redimensionadas, além de abrandado o regime prisional e substituída a reprimenda.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 607.585 - SP (2020/0212525-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : RONY DAS MERCES NOBREGA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BEATRIZ DOS SANTOS MATTOS - SP384722
OUTRO NOME : RONI DAS MERCÊS NOBREGA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO *HABEAS CORPUS*. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO EM LEI. 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*.

– Inexiste o suscitado *bis in idem*, porquanto o reconhecimento do tráfico privilegiado foi negado ao paciente, não apenas em virtude da expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas – *119,8 gramas de maconha, 44,2 gramas de cocaína e 26 gramas de crack* (e-STJ, fl. 4) –, mas também em virtude das circunstâncias que levaram à sua prisão em flagrante – *em local conhecido pela polícia como ponto de tráfico de drogas, com os entorpecentes já fracionados e prontos para revenda (46 porções de maconha, 13 pinos de cocaína e 209 porções de crack), além de numerário e de uma caderneta na qual havia anotações relacionadas à mercancia*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- , associado ao fato de ele não haver comprovado o exercício de atividade lícita, tudo isso a indicar que o paciente não se tratava de traficante eventual, não fazendo, portanto, jus à referida minorante. Precedentes.
- Apesar de o montante da pena (5 anos de reclusão) permitir, em tese, a fixação do regime intermediário, deve ser mantido o regime prisional mais gravoso, haja vista a gravidade concreta da conduta perpetrada, o que está em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior, que é unânime 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*, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do *quantum* de pena imposta. Precedentes.
- É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não atendimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.
- Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

O agravo regimental é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão combatida, razões pelas quais merece conhecimento. No entanto, não obstante os esforços da agravante, **não constato elementos suficientes para reconsiderar minha decisão**, cuja conclusão mantenho por seus próprios fundamentos.

Conforme relatado, buscava a impetrante, em suma, o redimensionamento das sanções do paciente ante o reconhecimento do tráfico privilegiado e, por conseguinte, o abrandamento do seu regime prisional e a substituição da reprimenda.

I. Da não incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

Inicialmente, observei que, nos termos do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas teriam a pena reduzida, de um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sexto a dois terços, quando fossem reconhecidamente **primários, possuísem bons antecedentes e não se dedicassem a atividades criminosas ou integrassem organização criminosa.**

Sob essas diretrizes, ao julgar o recurso de apelação e rechaçar a aplicação da referida causa especial de diminuição de pena, o Relator do voto condutor do acórdão asseverou que (e-STJ, fls. 295/304, grifei):

[...]

Consta da denúncia que, no dia 14 de julho de 2017, por volta das 22:40 horas, na praça situada na Rua Messias de Alvarenga, Conjunto Residencial Nosso Teto, na cidade e Comarca de São José dos Campos, Rony das Mercês Nóbrega, previamente ajustado e agindo com identidade de propósitos com o adolescente Raislan Willyan de Melo Santos, tinha em depósito e guardava, com destinação mercantil e para entrega a consumo de terceiros, 46 porções de maconha, 13 pinos plásticos contendo cocaína, e 209 porções de crack. Já o adolescente trazia consigo, também com destinação mercantil, 05 pinos plásticos contendo cocaína e 04 porções individuais de maconha. São substâncias entorpecentes e causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com a Lei.

Apurou-se que Policiais Militares realizavam diligências pelas imediações da praça situada no endereço acima descrito com vistas a coibir o comércio ilícito de drogas, quando avistaram o adolescente infrator abaixado em meio à vegetação ali existente. Ele manuseava algo. Naquela ocasião, os policiais militares avistaram, também, o acusado que igualmente manuseava algo em meio àquela vegetação.

Desconfiados da conduta do acusado e do adolescente, os policiais se dividiram em dois grupos de forma a possibilitar a abordagem simultânea.

Efetuaram a abordagem, nada de ilícito foi encontrado ao corpo de Rony. Contudo, imediatamente ao lado do acusado, os policiais militares localizaram uma pochete. Esta continha 46 porções de maconha, 13 pinos de cocaína, e 209 porções de crack. Na posse do adolescente infrator foram encontrados 05 pinos de cocaína e 04 porções individuais de maconha, além da quantia de R\$ 70,00 em moeda corrente, e uma caderneta na qual havia anotações relacionadas ao tráfico de drogas.

As substâncias apreendidas foram submetidas a exame, positivando-se serem elas, efetivamente, maconha e cocaína.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Ouvido em Juízo, o Policial Militar Renato Ribeiro Pereira relatou, na data dos fatos, havia operação policial para repressão do tráfico de drogas. Após observarem movimentação suspeita, visualizaram o réu adentrando no mato e foram ao seu encalço, oportunidade em que o abordaram enquanto este manuseava uma 'pochete'. Declarou, ainda, que outro indivíduo foi abordado na porta de um bar, oportunidade que informou o local onde havia mais drogas e um caderno com anotações do tráfico. Estavam em quatro policiais, divididos em duas viaturas. Por fim, declarou não ser possível afirmar que o réu e o adolescente estavam atuando juntos (mídia nos autos).

No mesmo sentido foi a versão apresentada por seu colega de farda, o Policial Militar Ericson Cruz Molina, acrescentando que o local dos fatos é conhecido ponto de tráfico de drogas. O adolescente infrator foi abordado dentro de um bar, quando informou que o restante das drogas estavam escondidas próximas à quadra. Informou que o Sargento e o soldado Ederson detiveram o réu no matagal, manuseando uma pochete que continha os entorpecentes. Quando chegaram ao local, o réu e o adolescente já estavam separados (mídia nos autos).

[...]

Passo à análise da dosimetria da pena. Atentando-se aos critérios do art. 59, do Código Penal e art. 42, da Lei de Drogas, a r. sentença fixou a pena-base no mínimo legal, em 05 anos de reclusão, e 500 dias-multa.

No caso em tela, foram apreendidas 46 porções de maconha, 13 pinos plásticos contendo cocaína, e 209 porções de crack, que resultariam em considerável quantidade e variedade de drogas a serem comercializadas, capazes de atender inúmeros e variados tipos de usuários, o que merece ser observado como circunstância absolutamente desfavorável ao acusado.

[...]

Contudo, inexistente recurso Ministerial neste sentido, e a pena-base fica mantida no mínimo legal.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes a se considerar.

Na derradeira etapa, ausentes causas de aumento ou de diminuição, a pena perfaz definitivamente 05 anos de reclusão, e 500 dias-multa.

A r. sentença acertadamente deixou de aplicar o redutor da pena previsto no §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, por entender comprovada a dedicação do réu ao tráfico de drogas, consignando: "O réu não faz jus à causa de diminuição de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois se dedica à atividade criminosa, uma vez que foi preso em flagrante em local conhecido como ponto de tráfico de drogas. Ademais, a quantidade e variedade de drogas apreendidas demonstram que o réu não é criminoso eventual, que age por impulso, em situação isolada no tráfico de drogas.)"

De fato, a prova demonstrou que o réu foi abordado após operação em combate ao tráfico de drogas, em local já conhecido pela ocorrência de tal tipo de delito. Havia também grande quantidade e variedade de entorpecentes (destaca-se a cocaína na forma de crack), drogas estas que atenderiam inúmeros usuários. Por fim, não houve comprovação de exercício de ocupação lícita, tudo a revelar a dedicação à atividade criminosa, obstando, assim, a incidência do redutor de pena.

Como visto pela leitura do recorte acima, verifiquei que não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio, uma vez que as instâncias de origem reconheceram expressamente que o paciente se dedicava ao tráfico de drogas, não apenas devido à quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos – 119,8 gramas de maconha, 44,2 gramas de cocaína e 26 gramas de crack (e-STJ, fl. 4) –, mas também em virtude das circunstâncias que levaram à sua prisão em flagrante – *em local conhecido pela polícia como ponto de tráfico de drogas, com os entorpecentes já fracionados e prontos para revenda (46 porções de maconha, 13 pinos de cocaína e 209 porções de crack), além de numerário e de uma caderneta na qual havia anotações relacionadas à mercancia* –, associado ao fato de ele não haver comprovado o exercício de atividade lícita, tudo isso a indicar que o paciente não se tratava de traficante eventual, não fazendo, portanto, jus à referida minorante.

Desse modo, desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.
INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE
ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, VI, AMBOS DA
LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL
DE 6 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INICIAL SEMIABERTO. PLEITO 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, ANTE A PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA OS BENEFÍCIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

– Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

[...]

– Dessa forma, **apesar de a quantidade da droga apreendida não ter sido muito elevada, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois não preenchidos os requisitos legais, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.**

[...]

– Habeas corpus não conhecido. (HC n. 406.667/RS, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, Julgado em 3/10/2017, DJe 11/10/2017, grifei)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE NA PRISÃO PROCESSUAL. FUNDAMENTO PREJUDICADO PELO ULTERIOR TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, EM RAZÃO DA CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O PACIENTE PRATICAVA AO MENOS EVENTUALMENTE A TRAFICÂNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

2. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente dedicava-se ao menos eventualmente à atividade criminosa de traficar drogas. Não há como tal conclusão ser reavaliada na via processual eleita, por se tratar de remédio constitucional de rito célere e cognição sumária.

4. Na hipótese, é de prevalecer o entendimento do Tribunal a quo mormente por se tratar de condenado que foi flagrado ao portar, na Cidade de Deus/RJ - localidade cujo comércio ilegal de drogas é monopolizado pela facção criminosa Comando Vermelho -, 31 sacos de plástico contendo cocaína, fechados por grampo metálico e identificados com os dizeres "CDD 13 PÓ DE 10 CVRL"

5. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC n. 270.931/RJ, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, Julgado em 15/10/2013, DJe 25/10/2013, grifei)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DO 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 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. PENA FINAL: 5 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ACENTUADA DO DELITO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade e natureza 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 razão das circunstâncias do delito, as quais revelaram o profundo envolvimento do paciente com o tráfico ilícito de entorpecentes, inviabilizando a concessão do benefício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.*

[...]

6. *Habeas corpus não conhecido.* (HC n. 582.907/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 18/8/2020, DJe 24/8/2020, grifei)

Dessa forma, não identifiquei nenhuma ilegalidade a ser sanada na negativa de incidência da benesse ao paciente, tampouco a ocorrência do alegado *bis in idem*.

II. Regime de cumprimento de pena e substituição

Quanto ao regime prisional, consignei que, apesar de o montante da sanção (5 anos de reclusão) permitir, em tese, o regime inicial semiaberto, deveria ser mantido o regime inicial fechado, haja vista a gravidade concreta da conduta, consubstanciada na quantidade, variedade e reconhecida letalidade de dois dos entorpecentes apreendidos – *119,8 gramas de maconha, 44,2 gramas de cocaína e 26 gramas de crack* (e-STJ, fl. 4) –, o que estava em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior, que é unânime 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*, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do *quantum* de pena imposta, de modo que não existia ilegalidade no resgate da reprimenda do paciente no regime inicial fechado.

Ilustrativamente:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DE ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. REGIME INICIAL SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO NO REQUISITO SUBJETIVO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Hipótese em que o Tribunal de origem, diversamente do que fez o Juiz de primeiro grau, valorou em duplicidade a quantidade de droga apreendida com o paciente, em fases distintas do cálculo da pena, o que constitui manifesta ilegalidade.

3. Em consonância com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 6/5/2014), esta Corte tem decidido que configura bis in idem a utilização da natureza e da quantidade de entorpecente, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena.

4. A quantidade e natureza da droga apreendida podem interferir na escolha do regime mais gravoso de cumprimento de pena. Precedentes.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto. (HC n. 300.983/DF, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/5/2016, DJe 25/5/2016, grifei)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. O Tribunal a quo negou a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas com base nas circunstâncias do fato delituoso, as quais evidenciaram que a paciente estava se dedicando ao tráfico de drogas. O reexame dessa questão demanda a incursão aprofundada em matéria fática, inviável de ser revista em habeas corpus. Precedentes.

3. No ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), 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), o que não é a situação discutida nos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A quantidade e a natureza da droga apreendida – 99 pedras de crack – demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 531.347/SP, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 17/12/25019, DJe 19/12/2019, grifei)

Desse modo, inalterado o montante da sanção, ressaltei ser inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, por expressa vedação legal, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Assim, concluí que as pretensões formuladas pela impetrante encontravam óbice na jurisprudência consolidada desta Corte Superior, e na legislação penal, sendo, portanto, manifestamente improcedentes.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0212525-1

AgRg no
HC 607.585 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000912962017 00009129620178260617 20180000735669 912962017 9129620178260617

EM MESA

JULGADO: 22/09/2020

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BEATRIZ DOS SANTOS MATTOS - SP384722
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RONY DAS MERCES NOBREGA (PRESO)
OUTRO NOME : RONI DAS MERCÊS NOBREGA
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 : RONY DAS MERCES NOBREGA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BEATRIZ DOS SANTOS MATTOS - SP384722
OUTRO NOME : RONI DAS MERCÊS NOBREGA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.