



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 736.390 - RS (2022/0110524-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : LEONARDO CORREA FELSKIN (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO EM 1/6 SOBRE O MÍNIMO LEGAL. DESFAVORECIMENTO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INAPLICÁVEL. PROVA DA DEDICAÇÃO DO AGENTE AO CRIME. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE E APETRECHOS DE TRÁFICO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. PENA RECLUSIVA AQUÉM DE 8 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

- A exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

- A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça.

- O entendimento desta Corte firmou-se também no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse *quantum*, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

- A sanção básica foi exasperada, na fração prudencialmente recomendada de 1/6 sobre o mínimo legal, à conta da valoração negativa do vetor preponderante (art. 42, da Lei n. 11.343/2006) da quantidade e qualidade das drogas apreendidas - 3,3 gramas de *crack* e 44 gramas de cocaína (fl. 220) -, de modo que não há ilegalidade flagrante a coartar, no ponto.

- A incidência da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, depende de ser o apenado primário, de bons antecedentes, e de não haver prova de que ele se dedica à atividade criminosa ou de que integra organização criminosa.

- A Corte local firmou o juízo de fato de que o agravante se dedicava à atividade criminosa, com remissão a elementos concretos presentes nos autos: o acusado foi preso em local conhecido como ponto de venda de drogas; na posse de arma de fogo e de dois rádios comunicadores, além de quantidade de entorpecentes. A reforma desse entendimento demandaria amplo reexame fático-probatório a que a via estreita, de cognição sumária, do *writ*, não se presta.

- Não obstante o *quantum* da pena aplicada seja compatível com a fixação do regime prisional inicial semiaberto, a quantidade do material entorpecente apreendido, que, inclusive, levou à exasperação da pena-base, autoriza a fixação de regime prisional mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei de Drogas.

- A manutenção da reprimenda em patamar superior a quatro anos de reclusão impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não estando cumprido o requisito objetivo da medida, previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- **Agravo regimental desprovido.**

ACÓRDÃO

Visto, 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, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e João Otávio de Noronha votaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de maio de 2022(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 736.390 - RS (2022/0110524-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **LEONARDO CORREA FELSKIN (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental (e-STJ fls. 244/247) interposto por LEONARDO CORREA FELSKIN contra *decisum* (e-STJ fls. 231/238) de minha relatoria que não conheceu o *habeas corpus* anteriormente impetrado.

No presente agravo, a defesa alega que o agravante faz jus à redutora do tráfico privilegiado, tendo ficado comprovado que ele cumpre todos os requisitos legais do benefício.

Anota que o juiz singular aplicou o tráfico privilegiado, desconsiderando o fato de haverem sido encontrados apetrechos usualmente empregados na mercancia ilícita, firmando o entendimento de que o agravante não se dedicava a atividades criminosas.

Afirma não haver fundamentação idônea para a exasperação da pena-base, pois a quantidade e a natureza da droga apreendida não são relevantes.

Ao final, requer a reconsideração da decisão ou que o presente agravo seja levado a julgamento perante a Quinta Turma e provido, com a concessão da ordem nos termos da impetração.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 736.390 - RS (2022/0110524-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : LEONARDO CORREA FELSKIN (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO EM 1/6 SOBRE O MÍNIMO LEGAL. DESFAVORECIMENTO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INAPLICÁVEL. PROVA DA DEDICAÇÃO DO AGENTE AO CRIME. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE E APETRECHOS DE TRÁFICO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. PENA RECLUSIVA AQUÉM DE 8 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

- A exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

- A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça.

- O entendimento desta Corte firmou-se também no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse *quantum*, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

- A sanção básica foi exasperada, na fração prudencialmente recomendada de 1/6 sobre o mínimo legal, à conta da valoração negativa do vetor preponderante (art. 42, da Lei n. 11.343/2006) da quantidade e qualidade das drogas apreendidas - 3,3 gramas de *crack* e 44 gramas de cocaína (fl. 220) -, de modo que não há ilegalidade flagrante a coartar, no ponto.

- A incidência da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, depende de ser o apenado primário, de bons antecedentes, e de não haver prova de que ele se dedica à atividade criminosa ou de que integra organização criminosa.

- A Corte local firmou o juízo de fato de que o agravante se dedicava à atividade criminosa, com remissão a elementos concretos presentes nos autos: o acusado foi preso em local conhecido como ponto de venda de drogas; na posse de arma de fogo e de dois rádios comunicadores, além de quantidade de entorpecentes. A reforma desse entendimento demandaria amplo reexame fático-probatório a que a via estreita, de cognição sumária, do *writ*, não se presta.

- Não obstante o *quantum* da pena aplicada seja compatível com a fixação do regime prisional inicial semiaberto, a quantidade do material entorpecente apreendido, que, inclusive, levou à exasperação da pena-base, autoriza a fixação de regime prisional mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei de Drogas.

- A manutenção da reprimenda em patamar superior a quatro anos de reclusão impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não estando cumprido o requisito objetivo da medida, previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- **Agravo regimental desprovido.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

O presente agravo regimental impugna motivadamente as razões da decisão recorrida, não havendo, ademais, outros óbices a que seja submetido a exame de mérito.

Em primeiro lugar, a defesa alega que não há motivação bastante para a exasperação da pena-base do agravante.

Não lhe assiste razão.

A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

A exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça.

O entendimento desta Corte firmou-se também no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A sanção básica foi exasperada, na fração prudencialmente recomendada de 1/6 sobre o mínimo legal, à conta da valoração negativa do vetor preponderante (art. 42, da Lei n. 11.343/2006) da quantidade e qualidade das drogas apreendidas - 3,3 gramas de crack e 44 gramas de cocaína (e-STJ fl. 220) -, de modo que não há ilegalidade flagrante a coartar, no ponto.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

*- Na espécie, não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio, uma vez que as instâncias de origem reconheceram expressamente que a paciente não se tratava de traficante eventual, e que fazia da mercancia seu meio de vida, haja vista não apenas a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos com ela em sua residência - **45 pedras de crack, pesando cerca de 8,4 gramas e uma porção grande de cocaína, com peso aproximado de 43,34 gramas (e-STJ, fl. 38)** -, mas principalmente devido às circunstâncias que culminaram em sua prisão em flagrante - após denúncia anônima informando à polícia sobre o embalo de drogas na residência dela, razão pela qual diligenciaram ao local e lá apreenderam as drogas, além de um estilete com resquícios de crack (e-STJ, fl. 26) -; Frise-se, ainda, que a paciente já era conhecida da polícia pela prática da mercancia ilícita, e que confessou na delegacia que as drogas se destinavam ao comércio, aduzindo que havia adquirido o "pó" por R\$ 400,00 e a "pedra" por R\$ 600,00, salientando vender a porção de cada entorpecente por R\$ 10,00 e que já os comercializava em sua residência havia dois meses (e-STJ, fl. 26); Tudo isso a indicar que ela não se tratava de traficante eventual e que se dedicava à atividade criminosa, não fazendo, portanto, jus à aplicação da referida minorante.*

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Apesar de o montante da sanção (5 anos de reclusão) permitir, em tese, a fixação do regime intermediário, deve ser mantido o regime mais gravoso **haja vista a existência de circunstância judicial desfavorável - quantidade e variedade dos entorpecentes -, a qual justificou a exasperação da pena-base em 1/6**; O que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, como in casu, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, nos termos do art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 709.697/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREPONDERANTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. ANOTAÇÕES CRIMINAIS DISTINTAS. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

- A exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

- A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça. Precedentes.

- O entendimento desta Corte firmou-se também no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

- Os julgadores da origem destacaram que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, circunstâncias preponderantes previstas no art. 42, da Lei n. 11.343/2006, desbordaram do ordinário do tipo, autorizando a elevação da reprimenda. Nesse sentido, foram encontradas duas pedras brutas de cocaína, pesando um total de mais de 60 gramas e seis porções individuais de crack (fl. 2057).

[...]

- Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 697.801/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe 25/10/2021)

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO JUSTIFICADO COM BASE NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. PRECEDENTES. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO ATESTADA PELA CORTE DE ORIGEM. SÚMULA 630 DO STJ. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUMENTO RELATIVO À AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PROPORÇÃO MAIOR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO ADEQUADA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INIDONEIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. REINCIDÊNCIA E QUANTUM DE PENA APLICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - Com efeito, a quantidade droga apreendida 6,1 g de crack; 33,5 g de cocaína; e 74,7 g de maconha - justifica a elevação da pena-base. Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a defesa, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que, há muito tempo, a jurisprudência do STJ considera lícito o recrudescimento da pena-base, tendo em vista a natureza e a quantidade da substância entorpecente. A propósito: AgRg no AREsp n. 585.375/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 27/03/2017, HC n. 212.752/SP, Quinta Turma, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, DJe 01/02/2012; e HC n. 66.080/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 10/12/2007, p. 403.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de, tão somente, redimensionar a pena do paciente em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais o pagamento de 676 (seiscentos e setenta e seis) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 654.120/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/5/2021, DJe 25/5/2021)

Em segundo lugar, a defesa sustenta que o agravante faz jus à redutora do tráfico privilegiado - prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 - havendo cumprido todos os requisitos da benesse.

A incidência da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, depende de ser o apenado primário, de bons antecedentes, e de não haver prova de que ele se dedica à atividade criminosa ou de que integra organização criminosa.

Contudo, a Corte local firmou o juízo de fato de que o agravante se dedicava à atividade criminosa com remissão a elementos concretos presentes nos autos: o acusado foi preso em local conhecido como ponto de venda de drogas; na posse de arma de fogo e de dois rádios comunicadores, além da quantidade já referida de entorpecentes.

A reforma desse entendimento demandaria amplo reexame fático-probatório a que a via estreita, de cognição sumária, do *writ*, não se presta.

A esse respeito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. HABITUALIDADE DELITIVA EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO 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. Hipótese em que a instância antecedente negou o redutor do tráfico privilegiado com fundamento nos depoimentos dos policiais e de usuários de droga que confirmaram a traficância realizada habitualmente pelo agente no "Beco do Tuca". Foi destacada, ainda, a apreensão de variada quantidade de entorpecente na residência do acusado (aproximadamente 33,1 g de maconha e 15 g



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de crack), de dinheiro em espécie (R\$ 255,00) e de um rádio comunicador, o que indicaria não ser ele pessoa iniciante no comércio de drogas.

3. Concluído pelo Tribunal de origem que o paciente se dedica a atividade criminosa, com fundamento em elementos colhidos nos autos, 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.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 705.771/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES ALIADAS ÀS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Na hipótese, a Corte de origem concluiu que o agravante se dedica à atividades criminosas, em razão da quantidade e variedade da droga apreendida aliada às demais circunstâncias do delito, notadamente o fato de ter sido flagrado em conhecido ponto de venda de drogas portando um rádio comunicador, anotações e certa quantia em dinheiro, não fazendo jus à benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

3. É de se destacar que o fato de a lei não estabelecer critérios objetivos para a incidência do citado benefício não impede que o julgador, no exame do caso concreto, possa preencher a lacuna legal, não havendo que se falar, assim, em fundamentação inidônea.

4. Para afastar a conclusão do Tribunal local no sentido de que o agravante se dedica a atividades criminosas, seria necessário a este Sodalício aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência incabível em Recurso Especial, conforme Súmula n. 7/STJ.

5. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é possível avaliar a quantidade e a natureza da droga para aumentar a pena-base, bem como para afastar a benesse prevista no art. 33, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º da Lei de Drogas na terceira fase da dosimetria, desde que aliadas à outras circunstâncias do delito que evidenciem a dedicação à atividade criminosa, sem ofensa ao princípio do non bis in idem.

ABRANDAMENTO DO REGIME. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ANÁLISE PREJUDICADA, DIANTE DA MANUTENÇÃO DA REPRIMENDA. INSURGÊNCIA IMPROVIDA.

1. Mantida a reprimenda nos patamares fixados pela Corte local, prejudicada a análise dos pedidos de abrandamento do regime prisional e de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, por não restarem atendidos os requisitos previstos nos arts. 33, §§ 2º e 3º e 44, inciso I, do CP.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1.259.578/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 19/6/2018, DJe 28/6/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS ELEMENTOS. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREJUDICADOS. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 4 (QUATRO) ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

IV - In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada nas circunstâncias que envolveram a prisão do paciente, haja vista que as instâncias ordinárias se convenceram de que ele se dedicava às atividades criminosas, já que estava realizando a venda de drogas em localidade dominada pela facção criminosa comando vermelho, com a presença de armas de fogo e rádio transmissor no contexto do crime.

V - Tendo a reprimenda sido definitivamente fixada em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e a pena-base se afastado do mínimo legal ante a presença de circunstância judicial desfavorável (quantidade de droga - art. 42, da Lei n. 11.343/06), impossível a fixação de regime mais brando e a substituição da sanção corporal por restritivas, nos termos dos art. 33, §§ 2º e 3º, e 44, inciso I, do Código Penal. Habeas Corpus não conhecido. (HC 407.859/RJ,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/9/2017, DJe 11/10/2017)

Em terceiro lugar, quanto ao regime, não obstante o *quantum* da pena aplicada seja compatível com a fixação do semiaberto, verifico que a quantidade do material entorpecente apreendido, que, inclusive, levou à exasperação da pena-base, autoriza a fixação de regime prisional mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTOS CONCRETOS. QUANTUM PROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ILEGALIDADE NÃO CONSTATADA. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

V - Quanto ao regime inicial para o resgate da reprimenda, insta consignar que, conforme o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, além do quantum da pena, também deve haver a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

VI - In casu, o regime adequado à hipótese é o inicial fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, uma vez que, a despeito do montante final da pena autorizar o regime semiaberto, depreende-se da dosimetria realizada que o paciente detém circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 687.114/RJ, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (Desembargador convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe 17/11/2021)

Por fim, verifico que a manutenção da reprimenda em patamar superior a quatro anos de reclusão impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não estando cumprido o requisito objetivo da medida, previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Irretocável a decisão impugnada, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos, acima reiterados.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0110524-7

AgRg no
HC 736.390 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0012100129114 00230304120198210001 1008292019626 12100129114
230304120198210001 50056409120198213001

EM MESA

JULGADO: 24/05/2022

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LEONARDO CORREA FELSKIN (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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 : LEONARDO CORREA FELSKIN (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.