



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 745813 - SP (2022/0164345-5)

RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
AGRAVANTE : JULIANO FERNANDES DA SILVA
ADVOGADO : ELDER GERMANO VELOSO - SP390439
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. CONCLUSÃO QUANTO À DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA OU PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em *habeas corpus* somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena.

3. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa.

4. A tese firmada no REsp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534/SP, Terceira Seção do STJ).

5. A natureza e a quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

6. Consideram-se como outros elementos para afastar a minorante o *modus operandi*, a apreensão de apetrechos relacionados à traficância, por exemplo, balança de precisão, embalagens, armas e munições, especialmente quando o tráfico foi praticado no contexto de delito de armas ou quando ficar evidenciado, de modo fundamentado, o envolvimento do agente com organização criminosa.

7. Agravo regimental 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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de setembro de 2022.

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 745813 - SP (2022/0164345-5)

RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
AGRAVANTE : JULIANO FERNANDES DA SILVA
ADVOGADO : ELDER GERMANO VELOSO - SP390439
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. CONCLUSÃO QUANTO À DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA OU PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em *habeas corpus* somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena.

3. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa.

4. A tese firmada no REsp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534/SP, Terceira Seção do STJ).

5. A natureza e a quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

6. Consideram-se como outros elementos para afastar a minorante o *modus operandi*, a apreensão de apetrechos relacionados à traficância, por exemplo, balança de precisão, embalagens, armas e munições, especialmente quando o tráfico foi praticado no contexto de delito de armas ou quando ficar evidenciado, de modo fundamentado, o envolvimento do agente com organização criminosa.

7. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

JULIANO FERNANDES DA SILVA interpõe agravo regimental contra a decisão de fls.

920-924, que não conheceu do *habeas corpus* impetrado em seu favor, no qual fora apontado como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 1500224-34.2020.8.26.0042).

Em primeiro grau, o agravante foi condenado às penas de 5 anos de reclusão em regime fechado e de 500 dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Interposta apelação pela defesa, o recurso foi desprovido.

Na dosimetria, a pena-base foi fixada no mínimo legal, mantida na segunda fase da dosimetria da pena. Foi afastado o tráfico privilegiado.

A decisão agravada não acolheu o alegado constrangimento ilegal quanto ao não reconhecimento do tráfico privilegiado.

Nas razões deste recurso, o agravante pugna pelo reconhecimento da aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas com a consequente modificação do regime inicial e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada deve ser mantida.

A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

Conforme a orientação jurisprudencial do STJ, o cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão por este Tribunal somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena (AgRg no AREsp n. 1.843.362/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 14/5/2021; HC n. 405.765/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 11/10/2017; e AgRg no HC n. 524.277/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 18/5/2020).

A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa (AgRg no HC n. 578.687/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 2/6/2020; e AgRg no HC n. 372.423/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 2/4/2019). Referidas condições devem ser cumpridas cumulativamente para fins de concessão do benefício.

No julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de minha relatoria, a Terceira Seção decidiu acerca das regras a serem observadas na dosimetria da pena, no que se refere à natureza e quantidade de drogas apreendidas, nos termos assim sintetizados:

a) devem ser valoradas na primeira etapa da dosimetria da pena, pela necessidade de observância dos vetores indicados no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 como preponderantes;

b) supletivamente, podem ser utilizadas na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa;

c) não podem ser utilizadas para modular a fração de diminuição de pena.

Também ficou definido que quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não valoradas na primeira etapa, para fixação da pena-base, podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Todavia, em recente julgamento, a tese firmada em referido julgado foi flexibilizada para **admitir a utilização da quantidade e natureza das drogas para modulação da fração de redução na terceira fase da dosimetria, desde que não valoradas na fixação da pena-base** (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 1º/6/2022).

Dessa forma, ficou mantido o posicionamento anterior de que a conclusão quanto à dedicação do agente às atividades criminosas voltadas ao tráfico de entorpecentes deve fundar-se em elementos concretos, não se admitindo que o afastamento do tráfico privilegiado seja baseado isoladamente na natureza, quantidade ou nocividade das drogas apreendidas.

Por sua vez, a *quantidade e/ou nocividade dos entorpecentes*, se não valoradas na primeira fase, passaram a ser admitidas, observando-se o princípio de *non bis in idem*, como critério para fixação da fração de incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A propósito:

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. MODULAÇÃO DO *QUANTUM* DE DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL *A QUO* REFORMADO PARA SE FIXAR A FRAÇÃO DO REDUTOR EM 1/2 (METADE). MANUTENÇÃO. 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 do acusado 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, conforme entendimento consolidado no julgamento do HC n. 725.534/SP (Terceira Seção, rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 27/04/2022, acórdão pendente de publicação.) 3. Na hipótese dos autos, a expressiva quantidade de entorpecente apreendida, não valorada na primeira fase dosimétrica pelo Tribunal *a quo*, justifica a modulação da minorante, que deve incidir na fração de 1/2 (metade).

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 733.917/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 6/5/2022.)

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: REsp n. 1.926.249/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 16/5/2022; HC n. 716.487/SP, relator Ministro Reinaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 16/5/2022; HC n. 548.987/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 13/5/2022; HC n. 736.686/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 11/5/2022; REsp n. 1.188.016/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato, DJe de 10/5/2022; e AREsp n. 1.870.960/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 5/5/2022.

Nesse ponto, com ressalva de entendimento pessoal, acompanho a mais recente posição firmada pela Terceira Seção do STJ.

No caso dos autos, o vetor *quantidade* dos entorpecentes não foi o único motivo utilizado pelas instâncias ordinárias para afastar a minorante; foram considerados outros elementos para se chegar à conclusão acerca da dedicação do agravante a atividades delituosas (as circunstâncias da prisão e o fato de ser conhecido dos meios policiais). Confira-se trecho do julgado (fl. 540):

No caso dos autos, ficou demonstrado que os apelantes não podem, de forma alguma, ser considerados como traficantes ocasionais, pois não apenas pela grande quantidade de substância entorpecente encontrada em poder deles, totalmente incompatível com sua situação financeira, mas também pelas circunstâncias em que foram surpreendidos, após denúncia anônima. Demonstrou-se que faziam eles do tráfico de drogas seu meio de vida, dedicando-se à atividade criminosa, motivo pelo qual não fazem jus ao benefício legal. Se não bastasse, os policiais militares asseguraram que os apelantes já são conhecidos do meio policial pelo envolvimento coma traficância, inclusive, com denúncias no telefone 190 da Polícia Militar.

De fato, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

Da mesma forma, o fato de o agente ser conhecido nos meios policiais – conclusão que não é passível de reforma, pois os estreitos limites do habeas corpus não autorizam dilação probatória – constitui elemento idôneo para evidenciar sua dedicação a atividades criminosas; por essa razão, não há manifesta ilegalidade ou abuso de poder que possam ser aferidos de plano. Nesse sentido: AgRg no HC n.

560.561/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 17/2/2021; e AgRg no HC n. 656.502/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 3/5/2021.

Assim, podem ser considerados como outros elementos para afastar a minorante o *modus operandi*, a apreensão de apetrechos relacionados à traficância, por exemplo, balança de precisão, embalagens, armas e munições, especialmente quando o tráfico foi praticado no contexto de delito de armas ou quando ficar evidenciado, de modo fundamentado, o envolvimento do agente com organização criminosa.

Portanto, não se constata a existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a atuação *ex officio*.

Assim, o agravante não logrou êxito em demonstrar situação superveniente que justificasse a alteração da decisão agravada.

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

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0164345-5

**AgRg no
HC 745.813 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15002243420208260042 21509332020

EM MESA

JULGADO: 27/09/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ELDER GERMANO VELOSO
ADVOGADO : ELDER GERMANO VELOSO - SP390439
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANO FERNANDES DA SILVA
CORRÉU : RODRIGO PIRES DA SILVA
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 : JULIANO FERNANDES DA SILVA
ADVOGADO : ELDER GERMANO VELOSO - SP390439
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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.