



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 755723 - MS (2022/0214719-6)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : GUILHERME GOMES VIANNA (PRESO)
ADVOGADOS : ANTONIO CAIRO FRAZÃO PINTO E OUTRO - MS015319
BIANCA DO CARMO REZENDE - MS022539
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. INOVAÇÃO RECURSAL. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REGIME INICIAL. NÃO CONSTATADA ILEGALIDADE.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que indeferiu liminar em habeas corpus, impetrado em favor de condenado por tráfico de drogas, com pena de 6 anos de reclusão e 600 dias-multa. A defesa alega excesso na pena-base e pleiteia a aplicação do tráfico privilegiado e regime mais brando, além da concessão, de ofício, da liberdade provisória.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há quatro questões em discussão: (i) concessão da liberdade provisória, de ofício; (ii) idoneidade da exasperação da pena-base; (iii) aplicação do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06; (iv) alegação de bis in idem na fixação do regime prisional.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A concessão da liberdade provisória não foi arguida na inicial do *habeas corpus*, assim como não foi objeto do acórdão impugnado, obstando seu conhecimento por esta Corte.

5. A exasperação da pena-base foi fundamentada na quantidade e natureza da droga, conforme art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sendo atividade discricionária do juiz.

6. A aplicação do tráfico privilegiado foi afastada devido à dedicação do condenado a atividades criminosas, evidenciada pela quantidade de droga e circunstâncias do delito.

7. Não há bis *in idem* na fixação do regime prisional, pois a quantidade e natureza da droga justificam regime mais severo, conforme art. 33 do CP e art. 42 da Lei de Drogas.

IV. DISPOSITIVO

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 24 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 755723 - MS (2022/0214719-6)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : GUILHERME GOMES VIANNA (PRESO)
ADVOGADOS : ANTONIO CAIRO FRAZÃO PINTO E OUTRO - MS015319
BIANCA DO CARMO REZENDE - MS022539
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. INOVAÇÃO RECURSAL. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REGIME INICIAL. NÃO CONSTATADA ILEGALIDADE.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que indeferiu liminar em habeas corpus, impetrado em favor de condenado por tráfico de drogas, com pena de 6 anos de reclusão e 600 dias-multa. A defesa alega excesso na pena-base e pleiteia a aplicação do tráfico privilegiado e regime mais brando, além da concessão, de ofício, da liberdade provisória.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há quatro questões em discussão: (i) concessão da liberdade provisória, de ofício; (ii) idoneidade da exasperação da pena-base; (iii) aplicação do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06; (iv) alegação de bis in idem na fixação do regime prisional.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A concessão da liberdade provisória não foi arguida na inicial do *habeas corpus*, assim como não foi objeto do acórdão impugnado, obstando seu conhecimento por esta Corte.

5. A exasperação da pena-base foi fundamentada na quantidade e natureza da droga, conforme art. 42 da Lei n. 11.343/2006,

sendo atividade discricionária do juiz.

6. A aplicação do tráfico privilegiado foi afastada devido à dedicação do condenado a atividades criminosas, evidenciada pela quantidade de droga e circunstâncias do delito.

7. Não há bis *in idem* na fixação do regime prisional, pois a quantidade e natureza da droga justificam regime mais severo, conforme art. 33 do CP e art. 42 da Lei de Drogas.

IV. DISPOSITIVO

7. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o último relatório contido nos autos (e-STJ, fls. 210-211).

O agravante requer a reconsideração da decisão ou o provimento de seu recurso pelo colegiado, assim como a concessão, de ofício, da liberdade provisória.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo e indicou os fundamentos da decisão recorrida, razão pela qual deve ser conhecido.

Inicialmente, cumpre destacar que a concessão da liberdade provisória “[...] sequer foi questionada na inicial do *habeas corpus*, razão pela qual o pedido de tal avaliação no presente agravo regimental constitui inovação recursal, de inadmissível conhecimento. Outrossim, esta tese igualmente não foi objeto do acórdão impugnado. Portanto, como não há decisão de Tribunal, inviável a apreciação do tema por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e alargamento inconstitucional da hipótese de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de *habeas corpus*, constante no art. 105, I, ‘c’, da Constituição da República, que exige decisão de Tribunal.” (AgRg no HC 835.588/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 9/10/2023, DJe de 16/10/2023).

No mais, não verifico elementos suficientes para reconsiderar a decisão proferida, cuja conclusão mantenho pelos seus próprios fundamentos (e-STJ, fls. 210-211):

[...]

"Cuida-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de GUILHERME GOMES VIANNA em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL (Apelação Criminal n. 0018338-77.2021.8.12.0001).

O paciente foi condenado às penas de 6 anos de reclusão em regime inicial fechado e de 600 dias-multa pelo cometimento do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06.

Os impetrante sustentam que "tendo em vista a manutenção do édito condenatório excessivo, violando os dispositivos de lei, e que as circunstâncias fáticas e as condições pessoais do paciente lhe são favoráveis, principalmente pelo fato de não integrar organização ou em sua vida pregressa não ter o crime como seu meio de vida, não se pode permitir que o Estado mantenha cumprimento mais rigoroso de pena, bem como não desclassifique a conduta, sendo que propriamente o dispositivo legal não se determina assim, merecendo a reforma" (fl. 14).

Alegam, ainda, que "A fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é o que mais atende aos objetivos da prevenção especial, inclusive como meio de atingir, de forma mais segura, rápida e com exemplos de responsabilidade, a sua reinserção social. Vislumbra-se, portanto, claramente a possibilidade da fixação do REGIME ABERTO aos condenados por crimes equiparados a hediondos, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (fls. 17-18).

Requerem, liminarmente, a revogação da prisão preventiva. No mérito, pugnam pela concessão da ordem para que seja redimensionada a pena aplicada ao paciente."

A liminar foi indeferida pelo Min. Humberto Martins (e-STJ fls. 99-100). As informações foram prestadas às e-STJ fls. 104 e 124-133.

Parecer do MPF pela concessão parcial da ordem (e-STJ fls. 142-146), com base nos seguintes fundamentos:

"E, no caso, foi exatamente o que fizeram as instâncias ordinárias, que consideraram a expressiva quantidade de drogas apreendidas e a natureza delas – 5.180g (cinco quilogramas e cento e oitenta gramas) de cocaína - para justificar a exacerbação da pena-base.

No entanto, embora tais circunstâncias requeiram do julgador maior rigor, revela-se excessivo o acréscimo de 24 meses à pena-base – o que corresponde à fração de 1/5 (um quinto) sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima cominadas ao tráfico de drogas -, tendo em vista os parâmetros adotados pela jurisprudência.

Assim, considero suficiente e razoável o acréscimo de 15 meses -correspondente à fração de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo -, para a reprovação e prevenção do delito."

Intimada para se manifestar, a defesa noticia que remanesce o

interesse no julgamento desta impetração (e-STJ fls. 181-182).

É o relatório.

Decido.

As controvérsias postas em julgamento são: idoneidade ou não da exasperação na pena-base, possível ilegalidade da não aplicação do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e suposto bis in idem, em decorrência do afastamento do benefício do privilégio e se manutenção do regime mais severo sob o mesmo argumento.

Da exasperação da pena base:

A Terceira Seção, ao julgar o REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha), entendeu, em harmonia com o firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que a natureza e quantidade da droga são fatores a serem considerados necessariamente na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, constituindo-se em circunstância preponderante a ser utilizada na primeira fase da dosimetria da pena.

Com relação ao quantum do aumento da pena pela natureza e quantidade da droga na primeira fase, esta Corte já firmou o entendimento de que o mesmo não se estabelece a partir de critérios matemáticos. Assim, apesar do parecer do Ministério Público no caso em análise, a atividade de dosimetria da pena é discricionária do Magistrado, não cabendo a esta corte Superior a revisão que não seja de flagrantes ilegalidades.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. QUANTUM DE INCREMENTO. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

2. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. In casu, conquanto o fato de o bem não ter sido recuperado, de per si, não justifique o incremento da pena-base, o trauma causado à vítima, que não pode ser confundido com mero abalo psicológico passageiro, justifica o incremento da básica pelas consequências do delito. Como ressaltado pelo Tribunal de origem, "os bens jurídicos tutelados (patrimônio e integridade física) foram atingidos acima dos padrões da normalidade, sobretudo pelo fato de se tratar de motorista de aplicativo, que assumem um papel de maior vulnerabilidade, sobretudo quando abordado por mais de uma pessoa, como ocorreu no presente caso".

3. Não há direito subjetivo do réu à aplicação do quantum de aumento de 1/6 sobre a pena mínima, na primeira fase da dosimetria da pena, para cada circunstância judicial valorada negativamente. Afinal, embora tal fração corresponda a um dos parâmetros aceitos por este STJ, não é obrigatória sua aplicação, até porque a fixação da pena base não precisa seguir um critério matemático rígido.

4. Agravo desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.468.491/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 15/2/2024 - grifos acrescidos)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. OFENSA À DIALETICIDADE. SÚMULA N. 182/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL. PREPONDERÂNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Neste agravo regimental, não foram trazidos argumentos novos, aptos a elidirem os fundamentos da decisão agravada. Tais fundamentos, uma vez que não foram devidamente impugnados, atraem ao caso o disposto no enunciado n. 182 da Súmula desta Corte e inviabiliza o conhecimento do agravo, por violação do princípio da dialeticidade, uma vez que os fundamentos não impugnados se mantêm. Precedentes.

2. A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, 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).

- Ademais, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42, da Lei 11.343/2006.

- Na hipótese, a basilar foi exasperada em 1/4, devido ao desvalor conferido à natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos - 19 kg de cocaína (e-STJ fl. 29), fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 e à jurisprudência pacificada desta Corte Superior.

3. Para a 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.

- Na espécie, a incidência da minorante do tráfico privilegiado foi rechaçada porque a Corte estadual reconheceu expressamente a reincidência da paciente, indicando que ela se dedica a atividade criminosa, não fazendo, portanto, jus à referida minorante. Nota-se, no caso, diversamente do alegado pela defesa, que a quantidade de drogas apreendidas não foi fundamento utilizado pelas instâncias de origem para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, não havendo que se falar em bis in idem. Desse modo, há óbice legal ao reconhecimento do tráfico privilegiado, ante a ausência de um dos requisitos exigidos para a concessão da benesse que é a primariedade. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 808.387/CE,

relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 14/4/2023 - grifos acrescidos.)

A Corte de Origem assim se manifestou sobre a exasperação da pena-base (e-STJ fl. 38):

"A sentença, ao estabelecer a pena-base em 07 anos de reclusão e 700 dias-multa, considerou em desfavor do apelante a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas.

É cediço que não há critério matemático para a fixação da pena-base, de modo que a atividade discricionária do julgador deve sempre estar em compasso com os ideais de razoabilidade e proporcionalidade da sanção.

E ainda, cabe ressaltar que em se tratando de tráfico de drogas, além das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, devem ser consideradas as preponderantes do art. 42, da Lei n.º 11.343/06. Sendo estas desfavoráveis, resta justificada a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

De fato a apreensão de mais de cinco quilos de cocaína, realmente autoriza a negativação da moduladora preponderante prevista no art. 42 da Lei de Drogas, porquanto a cocaína, entorpecente de alto valor e de poder viciante, e ainda o volume representa maior afetação ao bem jurídico tutelado (a saúde pública, no aspecto abstrato), uma vez que possibilitaria o fracionamento em incontáveis porções individuais, alcançando inúmeros usuários.

Assim, na mesma linha de diversos precedentes desta Corte, o transporte de tamanha natureza e quantidade de droga normalmente enseja punições nos moldes estabelecidos na sentença, o que de pronto permite concluir no sentido de que a sentença condenatória está longe de ter se afastado dos ideais de proporcionalidade e razoabilidade da sanção.

Feitas essas considerações, concluo por ser descabido o pedido de redução da pena-base."

O Tribunal de Origem fundamentou a exasperação da pena-base considerando a quantidade e a natureza das drogas apreendidas na primeira fase da dosimetria e dentro da discricionariedade permitida, não cabendo revisão diante da inexistente flagrante ilegalidade.

Da aplicação do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06

Nos termos do § 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.

No que tange aos requisitos de não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas, a jurisprudência desta Corte determina que o Tribunal de origem deve apontar elementos concretos como fundamentação idônea para afastar o redutor de tráfico privilegiado com base nos mencionados requisitos.

Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO
MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE
APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DEDUÇÃO DO § 4º
DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE.
DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA DEVIDAMENTE DE**

MONSTRA NÃO SOMENTE PELA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS, MAS PELAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. PRECEDENTES. REVOLVIMEETO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA ESTREITA VIA DO WRIT. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - O Tribunal a quo - dentro do seu livre convencimento motivado - apontou elementos concretos dos autos a evidenciar que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades delituosas, motivo pelo qual não há como se aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em favor da paciente.

III - O Tribunal de origem destacou o *modus operandi* do crime, onde "SIDNEY veio para para Campo Grande -MS, após receber 2 mil reais, trazendo seu filho de 11 anos, para dar uma aparência de naturalidade à viagem. Há uma preparação anterior, com estrutura da organização criminosa: a) o recrutamento do apelado, pessoa de poucos recursos financeiros, que manteve contato com narcotraficantes em dois Estados; b) a aquisição da droga, que foi embalada de forma a ser garantida a identificação ; c) diversas pessoas envolvidas na empreitada criminosa, todas remuneradas.

Observe-se ainda a maconha seria entregue e distribuída nos pontos de venda." (e-STJ fl. 96, grifei).

IV - A minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada com a justificativa de que a paciente se dedicava a atividades criminosas não somente pela quantidade e natureza da droga apreendida-226 tijolos de maconha com aproximadamente 199,6Kg- mas também em razão das circunstâncias da prática delitiva (a réu transportava o entorpecente entre Estados da Federação na companhia do seu filho de 11 anos), o que denota a sua dedicação à atividade criminosa.

V - "[a] elevada quantidade de drogas apreendidas, aliada às circunstâncias fáticas do delito, [...] permite aferir o grau de envolvimento do Réu com a criminalidade organizada e/ou a sua dedicação às atividades delituosas e, por consequência, obstar o reconhecimento do tráfico privilegiado" (AgRg no HC n. 661.017/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 14/05/2021, grifei).

VI - Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a paciente não se dedicaria a atividades delituosas e/ou não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada na via estreita do habeas corpus. Precedentes.

VII - A toda evidência, a decisão agravada, ao confirmar o acórdão impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência desta Corte Superior.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 828.472/MS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 11/3/2024 - grifos acrescidos.)

No caso, o acórdão negou a aplicação da causa de diminuição de

pena com a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 38-40):

"Com relação ao reconhecimento do tráfico privilegiado. De igual forma razão não lhe assiste. Explico:

De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, as penas do caput poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3 desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Trata-se de causa de diminuição de pena tendente a punir com menor rigor aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida.

No caso dos autos, observa-se que a apelante não preenche os requisitos para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, uma vez que as provas indicam que se dedicava a atividades criminosas.

Destaco de pronto que a elevada quantidade de droga apreendida – 5.180g (cinco quilogramas e cento e oitenta gramas) de cocaína – são elementos que evidenciam a dedicação do agente a atividades criminosas, mesmo porque é improvável que a um novato nesse tipo de crime seja confiada tamanha responsabilidade, considerado o grande volume e o valor da substância apreendida. Nesse sentido:

(...)

Ademais, além da natureza e quantidade de droga apreendida, o envolvimento de terceiras pessoas, bem como o uso de automóvel, são todos elementos que, somadas às demais provas, levam à inequívoca conclusão de que os requisitos não foram atendidos.

Ora, tais evidências apontam para cenário que não se coaduna com a figura do aventureiro do tráfico, ou o simples "mula", pois demonstram que se trata de indivíduo com incomum envolvimento com a traficância, denotando sua dedicação a atividades criminosas.

Logo, como há nos autos dados concretos que indicam a integração do apelante Guilherme a atividades criminosas, não merece acolhida o pedido de aplicação da causa de redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas."

Extraí-se dos autos que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada com a justificativa de que o Paciente se dedicava a atividades criminosas não somente pela quantidade e natureza da droga apreendida, mas também em razão das circunstâncias da prática delitiva (envolvimento de terceiras pessoas, uso de automóvel e demais provas), o que denota a sua dedicação à atividade criminosa.

Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o Paciente não se dedicaria a atividades delituosas e/ou não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, vedada na via estreita do habeas corpus.

Suposto bis in idem, em decorrência do afastamento do benefício do privilégio e se mantém o regime mais severo sob mesmo argumento:

Quanto à fixação do regime prisional, sabe-se que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária a apresentação de motivação concreta.

Nos crimes de tráfico de drogas, a quantidade e/ou natureza de drogas apreendidas constitui elemento idôneo para justificar a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de

Drogas e no art. 33, § 3º, do Código Penal - CP e em consonância com o entendimento desta Corte.

Por fim, resta destacar que a fixação do regime prisional orienta-se pelas regras do art. 33 do Código Penal. A dosimetria da pena, por sua vez, segue os critérios definidos pelos arts. 59 e 68 do Código Penal. Desta forma, não se verifica bis in idem quando fundamentos idôneos são utilizados no cálculo da pena e, novamente, para fundamentar o regime mais gravoso.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTO IDÔNEO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

2. Na espécie, embora o paciente seja primário e pena tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 anos e não excedente 8 anos de reclusão, o modo fechado é o adequado e suficiente para o início do cumprimento da pena reclusiva, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial (quantidade da droga), nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. É firme o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a valoração concomitante dos vetores do art. 42 da Lei de Drogas para exasperar e pena-base e para justificar o modo prisional não configura bis in idem, porquanto é cabível a utilização de um mesmo instituto jurídico em fases distintas da individualização da pena, gerando efeitos diversos.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 866.163/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 28/2/2024 - grifos acrescidos.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS UTILIZADAS PARA MODULAR O REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E PARA RECRUDESCER O REGIME. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A consideração dos fatores que levaram à modulação do redutor do tráfico privilegiado (natureza, quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos) 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.

2. A fixação do regime prisional segue as regras do art. 33 do Código Penal e a dosimetria da pena, por sua vez, respeita os critérios definidos pelos arts. 59 e 68 do Código Penal, de forma que não se verifica bis in idem quando a natureza e a quantidade de drogas são utilizadas no cálculo da pena e,

novamente, para fundamentar o regime mais gravoso.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 850.809/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/2/2024, DJe de 1/3/2024 - grifos acrescidos.)

O acórdão assim se manifestou sobre a controvérsia (e-STJ 39-41):

"Anoto que não existe óbice à utilização da natureza/quantidade de droga apreendida para exasperar a pena-base e, também, para afastar a incidência da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não havendo no que se falar em bis in idem. Nesse sentido:

(...)

Ademais, além da natureza e quantidade de droga apreendida, o envolvimento de terceiras pessoas, bem como o uso de automóvel, são todos elementos que, somadas às demais provas, levam à inequívoca conclusão de que os requisitos não foram atendidos.

Ora, tais evidências apontam para cenário que não se coaduna com a figura do aventureiro do tráfico, ou o simples "mula", pois demonstram que se trata de indivíduo com incomum envolvimento com a traficância, denotando sua dedicação a atividades criminosas.

Logo, como há nos autos dados concretos que indicam a integração do apelante Guilherme a atividades criminosas, não merece acolhida o pedido de aplicação da causa de redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

(...)

Por fim, requer o apelante o abrandamento do regime prisional e ainda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No que tange ao regime inicial para cumprimento de reprimenda, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (HC 11184), sustentando que tal dispositivo legal seria incompatível com princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

Dessa forma, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, mesmo em condenações por tráfico de drogas, deverá observar as regras gerais do art. 33, §§ 2.º e 3.º e 59, todos do Código Penal, bem como com o artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

Dito isso, ainda que o quantum de pena possibilite o pretendido abrandamento, ao apelante resta desfavorável a vetorial preponderante da natureza e quantidade da droga (art. 42 da Lei 11.343/06). Isto posto, com base no art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal, mantenho o regime inicial fechado ao recorrente."

No caso em análise, além do exposto, resta ainda destacar que também não há no que se falar em bis in idem no que tange a 1ª e 3ª fase da dosimetria, pelo fato do afastamento do redutor de tráfico privilegiado ter sido fundamentado por razões além da quantidade/natureza de drogas apreendidas.

Verifica-se, portanto, que a fundamentação do acórdão está em consonância com a jurisprudência dessa Corte Superior, não se observando qualquer constrangimento ilegal.

Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Reforço que a decisão monocrática agravada está de acordo com a jurisprudência da 5ª Turma desta Corte. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. OFENSA À DIALETICIDADE. SÚMULA N. 182/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL. PREPONDERÂNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Neste agravo regimental, não foram trazidos argumentos novos, aptos a elidirem os fundamentos da decisão agravada. Tais fundamentos, uma vez que não foram devidamente impugnados, atraem ao caso o disposto no enunciado n. 182 da Súmula desta Corte e inviabiliza o conhecimento do agravo, por violação do princípio da dialeticidade, uma vez que os fundamentos não impugnados se mantêm. Precedentes.

2. A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, 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).

- Ademais, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42, da Lei 11.343/2006.

- Na hipótese, a basilar foi exasperada em 1/4, devido ao desvalor conferido à natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos - 19 kg de cocaína (e-STJ fl. 29), fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 e à jurisprudência pacificada desta Corte Superior.

3. Para a 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.

- Na espécie, a incidência da minorante do tráfico privilegiado foi rechaçada porque a Corte estadual reconheceu expressamente a reincidência da paciente, indicando que ela se dedica a atividade criminosa, não fazendo, portanto, jus à referida minorante. Nota-se que, no caso, diversamente do alegado pela defesa, que a quantidade de drogas apreendidas não foi fundamento utilizado pelas instâncias de origem para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, não havendo que se falar em bis in idem. Desse modo, há óbice legal ao reconhecimento do tráfico privilegiado, ante a ausência de um dos requisitos exigidos para a concessão da benesse que é a primariedade. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 808.387/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 14/4/2023)

Por fim, para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às pretensões apresentadas pela parte, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta Corte.

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

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0214719-6

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
HC 755.723 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00183387720218120001 183387720218120001

EM MESA

JULGADO: 22/10/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTONIO CAIRO FRAZAO PINTO E OUTRO
ADVOGADOS : ANTONIO CAIRO FRAZÃO PINTO - MS015319
 : BIANCA DO CARMO REZENDE - MS022539
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : GUILHERME GOMES VIANNA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO 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 : GUILHERME GOMES VIANNA (PRESO)
ADVOGADOS : ANTONIO CAIRO FRAZÃO PINTO E OUTRO - MS015319
 : BIANCA DO CARMO REZENDE - MS022539
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.