AgRg no HABEAS CORPUS Nº 760497 - SP (2022/0238088-5)

RELATOR	:	**MINISTRO JOÃO BATISTA MOREIRA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF1)**
AGRAVANTE	:	CRISTIANO WANDERLEY DE OLIVEIRA
ADVOGADOS	:	ANDRÉ LUÍS CERINO DA FONSECA - SP225178
		THIAGO FELÍCIO DE OLIVEIRA LIMA E OUTROS - SP400794
		AMANDA BORGES MARUYAMA - SP414506
		GABRIEL VINICIUS DUCATTI DE TOLEDO - SP450623
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS.* TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. QUANTIDADE DE DROGAS. *BIS IN IDEM.* INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, orientou que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, a fim de evitar o *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

2. O Tribunal de origem fixou a pena-base acima do mínimo legal, na primeira fase, em razão da quantidade de drogas. Na terceira etapa do cálculo da pena, afastou a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em virtude da quantidade de drogas, mas, sobretudo, porque provada dedicação a atividades ilícitas. Ocorrência de *bis in idem* não configurada.

3. A minorante está prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique a atividades criminosas; e d)

Documento eletrônico VDA39321155 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 29/11/2023 18:39:23
Código de Controle do Documento: eb29e1b9-3237-463e-9b76-f85c63d1549a

não integre organização criminosa.
4. O Tribunal de origem negou a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em razão da quantidade de entorpecentes, bem como das circunstância de que o agravante se dedica a atividades criminosas. Precedentes.
5. Desconstituir a conclusão a que chegou a instância ordinária quanto à dedicação do agente a atividades ilícitas demandaria amplo revolvimento de questões fático-probatórias, inviável no *habeas corpus.* Precedentes.
6. A existência de circunstância judicial desfavorável é fundamento suficiente para a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
7. Embora a pena final tenha sido fixada em 5 anos de reclusão, a Corte *a quo* fixou o regime fechado em virtude da existência de circunstância judicial desfavorável. Precedentes.
8. 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, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de novembro de 2023.

Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1)
Relator

Documento eletrônico VDA39321155 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 29/11/2023 18:39:23
Código de Controle do Documento: eb29e1b9-3237-463e-9b76-f85c63d1549a

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 760497 - SP (2022/0238088-5)

RELATOR	:	**MINISTRO JOÃO BATISTA MOREIRA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF1)**
AGRAVANTE	:	CRISTIANO WANDERLEY DE OLIVEIRA
ADVOGADOS	:	ANDRÉ LUÍS CERINO DA FONSECA - SP225178
		THIAGO FELÍCIO DE OLIVEIRA LIMA E OUTROS - SP400794
		AMANDA BORGES MARUYAMA - SP414506
		GABRIEL VINICIUS DUCATTI DE TOLEDO - SP450623
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS.* TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. QUANTIDADE DE DROGAS. *BIS IN IDEM.* INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, orientou que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, a fim de evitar o *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

2. O Tribunal de origem fixou a pena-base acima do mínimo legal, na primeira fase, em razão da quantidade de drogas. Na terceira etapa do cálculo da pena, afastou a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em virtude da quantidade de drogas, mas, sobretudo, porque provada dedicação a atividades ilícitas. Ocorrência de *bis in idem* não configurada.

3. A minorante está prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique a atividades criminosas; e d)

Documento eletrônico VDA39320699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 29/11/2023 18:39:07
Código de Controle do Documento: f66a9554-2e3f-4d61-8bdc-3d86a987561b

não integre organização criminosa.
4. O Tribunal de origem negou a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em razão da quantidade de entorpecentes, bem como das circunstância de que o agravante se dedica a atividades criminosas. Precedentes.
5. Desconstituir a conclusão a que chegou a instância ordinária quanto à dedicação do agente a atividades ilícitas demandaria amplo revolvimento de questões fático-probatórias, inviável no *habeas corpus.* Precedentes.
6. A existência de circunstância judicial desfavorável é fundamento suficiente para a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
7. Embora a pena final tenha sido fixada em 5 anos de reclusão, a Corte *a quo* fixou o regime fechado em virtude da existência de circunstância judicial desfavorável. Precedentes.
8. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por CRISTIANO WANDERLEY DE OLIVEIRA contra decisão proferida pelo Ministro Jorge Mussi, que não conheceu do *habeas corpus.*

O agravante sustenta: a) "ainda que indiretamente, os mesmos argumentos utilizados para exasperação da pena-base foram utilizados para afastar o redutor legal" (e-STJ fl, 486); b) "o uso da frase pronta de que a quantidade da droga demonstraria vínculo com atividade criminosa é chavão com o único objetivo de burlar a vedação ao *bis in idem* e impedir a ocorrência do tráfico privilegiado" (e-STJ fl. 486); c) "nenhuma das fundamentações utilizadas pelo TJSP é válida para cassação do regime semiaberto e a fixação de regime fechado para início de cumprimento de pena" (e-STJ fl. 488); d) "fundamento para impor regime fechado é a equiparação a hediondez da conduta" (e-STJ fl. 488); e e) "o paciente possui como circunstância negativa apenas a elevada quantidade de drogas apreendidas, não possuindo sequer reincidência" (e-STJ fl. 488).

Requer a reconsideração da decisão ou submissão do feito ao Colegiado, para que seja dado provimento ao presente agravo.

Contrarrazões às e-STJ fls. 498-508.

Parecer do Ministério Público Federal pelo indeferimento do recurso (e-STJ fl. 493).

É o relatório.

Documento eletrônico VDA39320699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 29/11/2023 18:39:07
Código de Controle do Documento: f66a9554-2e3f-4d61-8bdc-3d86a987561b

VOTO

O recurso é tempestivo, pois a decisão agravada foi publicada em 09/11/2022 (e-STJ fl. 478), ao passo que a interposição do agravo se deu em 10/11/2022 (e-STJ fl. 491), observado o prazo inscrito no art. 258 do RISTJ.

A decisão agravada tem os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 472-477):

> *Cumpre pontuar, inicialmente, que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do* habeas corpus *em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.*
> *Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação* ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.*
> *Ao analisar a dosimetria de pena, o Tribunal de origem assim se manifestou (e-STJ fls. 28/29):*
>
> > *Inicialmente, o Juiz sentenciante majorou a basal na fração de 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, atento ao quanto disposto no artigo 59, do Código Penal, e no artigo 42, da Lei de Drogas, assim fundamentando: 'considerando a maior quantidade de drogas apreendidas (mais de três centenas), o que gera maior perigo de dano social e que referidas drogas sintéticas eram distribuídas em festas frequentadas por pessoas jovens, que muitas vezes sequer tem noção do produto que consomem, eis não se tratar de produto comum, o que demonstra maior desvalor de sua conduta', partindo de 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, o que mantenho, porque exasperada de forma correta e proporcional.*
> > *A quantidade da droga apreendida é sempre preponderante na aplicação da pena, inclusive na fixação da pena-base.*
>
> *Em primeiro lugar, necessário enfatizar que a dosimetria da pena é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o* quantum *ideal da sanção a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.*
> *Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o magistrado, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no caput do art. 59 do Código Penal e, com relação ao crime de tráfico de drogas, nas premissas do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.*
> *Conforme se extrai do excerto transcrito, percebe-se que a fixação da pena inicial em patamar de 1/6 superior ao mínimo legal está concretamente fundamentada, em consonância com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, no sentido de que 'encontra-se justificado o aumento da pena-base, não se constatando ilegalidade na dosimetria da pena básica então fixada, tendo em vista a quantidade e natureza/qualidade das drogas apreendidas, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o qual prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal' (AgRg no HC n. 689.669/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 21/3/2022).*
> *Outrossim, com relação ao aventado* bis in idem *na utilização da*

Documento eletrônico VDA39320699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 29/11/2023 18:39:07
Código de Controle do Documento: f66a9554-2e3f-4d61-8bdc-3d86a987561b

quantidade de entorpecente na primeira e na terceira fases do cálculo dosimétrico, importante trazer à colação o seguinte trecho do acórdão impugnado (e- STJ fls. 29/30):

> *Na fase derradeira, inexistentes causas de aumento ou de diminuição que alterem a pena, correta a negativa do redutor do § quarto do artigo 33, da Lei Federal 11343/06. Para a aplicação da referida causa de diminuição de pena, há necessidade de atendimento de certos requisitos, porque induvidoso que, ao prever no artigo 33, parágrafo quarto, da Lei de Drogas, a possibilidade de ser o agente beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa, pretendeu o legislador, com o chamado tráfico privilegiado, punir com menor rigor o 'traficante de primeira viagem', vale dizer, 'aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida'. Situação, por óbvio, não caracterizada nestes autos, porquanto, o apelante afirmou que conheceu a pessoa de 'Orlando' nas festas e ele forneceu essa oportunidade de ganhar dinheiro e vendia os entorpecentes a quem lhe procurasse, o que confirma exatamente o relatório dos investigadores da DISE de que após denúncia anônima descobriu-se que o apelante era promoter de festas fechadas e vendedor das substancias ilícitas sintéticas 'ectasy, LDS, MD, loló 'lança perfume' vale repisar, 327 comprimidos de 'ecstasy', 22 micropontos de LSD, 4,9 gramas de 'Cristais de MD' e três galões de 'Lança Perfume', além de seiscentos reais, supostamente adquiridas da pessoa de Orlandin' morador da Cidade de Limeira, posteriormente identificado como Orlando Moisés da Silva (fls. 29/30), o que sugere que o apelante não é novato nesse meio, tampouco que o episódio constatado nestes autos foi um ato isolado em sua trajetória, evidenciando que fazia o tráfico de substâncias entorpecentes o seu meio de vida.*
> *E como bem pontuou o culto sentenciante:*
> *'... O réu é primário e não registra antecedentes criminais, contudo, tinha grande quantidade e variedade de entorpecentes, o que demonstra que não se tratava de algo eventual e sim que estava se dedicando à atividade criminosa, principalmente em festas destinadas a jovens, valendo-se, ainda, da condição de 'promotor de eventos'. E, como informado pelos policiais, a venda já vinha ocorrendo há algum tempo, tanto que foram essas denúncias que deflagraram a ação policial. Por isso, não faz jus ao benefício do artigo 33, § 4º da Lei 11343/06...'*

Como se sabe, o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

No caso, verifica-se que as instâncias ordinárias afastaram a redutora em favor do paciente com base não somente na quantidade e variedade de entorpecentes (327 comprimidos de 'ecstasy', 22 micropontos de LSD, 4,9g de 'Cristais de MD' e três galões de 'Lança Perfume'), mas, também, em outras circunstâncias concretas do delito, como no fato de o réu valer-se da condição de 'promotor de festas fechadas' para a venda de entorpecentes 'principalmente em festas destinadas a jovens', além da informação de que 'como informado pelos policiais, a venda já vinha ocorrendo há algum tempo, tanto que foram essas denúncias que deflagraram a ação policial' (e-STJ fl. 29).

Dessa forma, não se pode dizer que a Corte de origem incidiu em bis in idem*, porquanto houve o apontamento de outras circunstâncias fáticas, além da qualidade e quantidade de drogas, para inferir a dedicação do acusado a atividades criminosas.*

Nesse sentido:

Documento eletrônico VDA39320699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 29/11/2023 18:39:07
Código de Controle do Documento: f66a9554-2e3f-4d61-8bdc-3d86a987561b

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO FUNDADO NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. REITERAÇÃO DE PEDIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

[...]

V - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

VI - Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada, não apenas na quantidade significativa e na variedade de drogas apreendidas (159 porções de crack, 277 porções de maconha, pesando 943,7g, 20 flaconetes de cocaína, pesando 29,6g, e mais 589 porções de mesma droga, bem como um saco plástico contendo cocaína a granel, pesando 951,1g), como também nas circunstâncias da apreensão e da prisão em flagrante (apreensão de petrechos, quais sejam, anotações relativas ao tráfico e rolo de papel filme plástico), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demostram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Desconstituir a referida conclusão, demandaria indevido revolvimento fático-probatório, vedado na estreita via do habeas corpus.

VII - O pleito relativo à fixação de regime mais brando que o fechado constitui reiteração de pedido já julgado no HC n. 722.074/SP.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 744.802/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 26/8/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. UTILIZAÇÃO DE OUTRO CRITÉRIO QUE NÃO APENAS A QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.* BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

[...]

4. 'Não há falar em bis in idem *ante a consideração da quantidade/natureza da droga na primeira e terceira fases da dosimetria tendo em vista a presença de outros elementos*

Documento eletrônico VDA39320699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 29/11/2023 18:39:07
Código de Controle do Documento: f66a9554-2e3f-4d61-8bdc-3d86a987561b

considerados pelas instâncias ordinárias como indicativos de dedicação ao tráfico' (AgRg no REsp n. 1.964.568/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 11/3/2022).

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 746.158/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 12/8/2022.)

Além disso, o exame da impetração, a fim de desconstituir a conclusão a que chegou a instância ordinária quanto à dedicação da agente a atividades ilícitas, demanda a análise do acervo fático-probatório dos autos, inviável na via eleita do habeas corpus*.*

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO FUNDADO NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus *e recurso ordinário em* habeas corpus*, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.*

II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada, não apenas na apreensão de considerável quantidade de drogas (quase 20 kg de maconha), mas também nas demais circunstâncias da apreensão e da prisão em flagrante do paciente, especialmente no laudo pericial realizado no celular do paciente, que demonstra, por meio das mensagens encontradas, que ele estava praticando o tráfico de drogas de forma reiterada (fl. 99), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demostram que o agravante se dedicava às atividades criminosas. Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

IV - O Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a

Documento eletrônico VDA39320699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 29/11/2023 18:39:07
Código de Controle do Documento: f66a9554-2e3f-4d61-8bdc-3d86a987561b

fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

V - In casu*, deve ser mantido o regime fechado, ante a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos com o agravante, utilizados, inclusive, para exasperar a pena-base, em consonância com o entendimento desta Corte,* ex vi *do art. 33, parágrafo 2º, b, e parágrafo 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06.*

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 743.839/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 26/8/2022, grifei.)

Quanto ao pleito de fixação de regime inicial menos gravoso, colhe-se dos excertos transcritos a presença de circunstância judicial desfavorável, o que justifica a imposição do regime inicial fechado, consoante jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

Sobre o tema, confiram-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCLUSÃO EM PAUTA E INTIMAÇÃO PARA SUSTENTAÇÃO ORAL. ART. 7º, § 2º-B, DO ESTATUTO DA OAB. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 NA FRAÇÃO DE 1/6. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. OFENSA AO ART. 41 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

4. De acordo com a jurisprudência pacificada nesta Corte, conquanto a pena imposta ao recorrente, primário, tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da existência de circunstância judicial desfavorável (art. 42 da Lei n. 11.343/2006), que serviu de lastro para elevar a pena-base acima do mínimo legal.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.927.059/CE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 24/10/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. AUMENTO JUSTIFICADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES DO ACUSADO. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO PELA PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL.*

AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal).

2. In casu*, diante da pena definitiva imposta ao agravante - 7 anos de reclusão -, fica mantido o regime prisional fechado, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi exasperada em razão dos maus antecedentes do réu.*

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 730.952/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 30/8/2022.)

Por tais razões, não se verifica no acórdão objurgado constrangimento

Documento eletrônico VDA39320699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 29/11/2023 18:39:07
Código de Controle do Documento: f66a9554-2e3f-4d61-8bdc-3d86a987561b

> *ilegal a ser reparado, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça. Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, não conheço do* habeas corpus*.*

A pretendida minorante está prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

O Tribunal destacou, nesse particular, a quantidade de entorpecentes apreendida — 327 comprimidos de ecstasy, 22 micropontos de LSD, 4,9g de Cristais de MD e três galões de Lança Perfume (e-STJ fl. 28).

Consignou, em acréscimo, que o agente era promotor de festas fechadas para a venda de entorpecentes, principalmente em festas destinadas a jovens, além da informação de que a venda já vinha ocorrendo há algum tempo, tanto que foram essas denúncias que deflagraram a ação policial (e-STJ fl. 29).

Concluiu, então, que esses elementos indicam que "não é novato nesse meio, tampouco que o episódio constatado nestes autos foi um ato isolado em sua trajetória, evidenciando que fazia o tráfico de substâncias entorpecentes o seu meio de vida". Ressaltou que "não se tratava de algo eventual e sim que estava se dedicando à atividade criminosa" (e-STJ fl. 29).

As premissas para negativa de aplicação da minorante estão, portanto, em consonância com a jurisprudência desta Corte, *v.g*.:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO FUNDADO NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. REITERAÇÃO DE PEDIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *[...]*
> *V - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de*

Documento eletrônico VDA39320699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 29/11/2023 18:39:07
Código de Controle do Documento: f66a9554-2e3f-4d61-8bdc-3d86a987561b

entorpecentes.
VI - Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada, não apenas na quantidade significativa e na variedade de drogas apreendidas (159 porções de crack, 277 porções de maconha, pesando 943,7g, 20 flaconetes de cocaína, pesando 29,6g, e mais 589 porções de mesma droga, bem como um saco plástico contendo cocaína a granel, pesando 951,1g), como também nas circunstâncias da apreensão e da prisão em flagrante (apreensão de petrechos, quais sejam, anotações relativas ao tráfico e rolo de papel filme plástico), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demostram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Desconstituir a referida conclusão, demandaria indevido revolvimento fático-probatório, vedado na estreita via do habeas corpus.
VII - O pleito relativo à fixação de regime mais brando que o fechado constitui reiteração de pedido já julgado no HC n. 722.074/SP. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no HC 744.802/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 26/8/2022).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.
2. No caso, a instância ordinária - 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 criminosas, notadamente ao tráfico de drogas, no seio dos objetivos de uma organização criminosa.
3. Uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJ 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
4. No caso, a Corte de origem manteve a imposição do regime inicial fechado, com base, justamente, nas peculiaridades do caso analisado, motivo pelo qual não há falar em inobservância ao enunciado nas Súmulas ns. 718 e 719 do STF e 440 do STJ.
5. Agravo regimental não provido.
(AgRg no HC 750.991/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 23/8/2022).

A propósito, desconstituir a conclusão a que chegou a instância

ordinária quanto à dedicação da agente a atividades ilícitas demandaria amplo revolvimento de questões fático-probatórias, inviável no *habeas corpus*:

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS E IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ACRÉSCIMO DE FUNDAMENTOS PELA CORTE LOCAL EM SEDE DE APELAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
> *1. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.*
> *2. No caso, além da existência de ação penal em curso contra o paciente, a Corte local manteve a não aplicação do redutor com base em elementos concretos e idôneos indicativos da habitualidade do paciente na traficância, como a apreensão de razoável quantidade de drogas acompanhadas de cadernos com anotações sobre o tráfico, rádio comunicador e dinheiro. Entendimento em sentido contrário demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes.*
> *3. A ampla devolutividade do recurso de apelação permite ao juízo ad quem o acréscimo de fundamentos diversos dos declinados no decisum primevo. Em tais hipóteses, contanto que não se eleve a reprimenda imposta, ou agrave a situação do condenado, não há falar em reformatio in pejus (AgRg no HC n. 737.933/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, DJe de 23/5/2022). Precedentes.*
> *4. Agravo regimental não provido.*
> *(AgRg no HC 745.115/SC, relator o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/06/2022, DJe de 13/06/2022).*

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. AÇÃO PENAL EM CURSO E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, POR SI SÓS, NÃO PERMITEM AFERIR A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO IDÔNEO. AFASTAMENTO QUE DEMANDARIA AMPLO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *1. A quantidade e a natureza das drogas são circunstâncias preponderantes na fixação da pena-base no crime de tráfico de drogas, como prevê expressamente o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. No caso concreto, a expressiva quantidade apreendida de maconha é apta, por si só, a indicar maior desvalor da conduta, mesmo em regiões fronteiriças onde a apreensão de drogas é frequente, assim, não se verifica ilegalidade ou desproporcionalidade na majoração da pena-base.*
> *2. Além do fato de o Agravante responder a outra ação penal e da quantidade de drogas, a Jurisdição ordinária indicou fundamento autônomo, que autorizaria, por si só, a negativa de aplicação da*

Documento eletrônico VDA39320699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 29/11/2023 18:39:07
Código de Controle do Documento: f66a9554-2e3f-4d61-8bdc-3d86a987561b

minorante. Consta do acórdão que o Agravante se dedicava às atividades criminosas, porque foi contratado para o transporte interestadual de grande quantidade de maconha, ocultada em compartimentos preparados no veículo, juntamente com uma adolescente também contratada por terceiro, e receberia em pagamento elevada quantia, sendo que o Juízo sentenciante destacou, ainda, a promessa, no momento da contratação, de que o Réu seria acompanhado por um "batedor" durante todo o trajeto.
3. Nesse contexto, não é possível desconstituir a conclusão das instâncias de origem sobre a dedicação do Agravante à atividade criminosa e, por conseguinte, reconhecer a causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, notadamente por ser vedado, na presente via, revolver o contexto fático-probatório dos autos. Precedentes.
4. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no HC 670.284/MS, relatora a Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 15/03/2022, DJe de 21/03/2022).

Sobre a dosimetria, importa lembrar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, orientou que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará. Confira-se a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA TANTO NA PRIMEIRA QUANTO NA TERCEIRA FASE. ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. BIS IN IDEM CONFIGURADO. ILEGALIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.
1. Configura bis in idem a utilização da circunstância atinente à quantidade da droga tanto para fins de fixação da pena-base acima do mínimo legal, quanto para definição da fração relativa à causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06.
2. Concessão parcial da ordem de habeas corpus para que a dosimetria da pena seja refeita em obediência aos parâmetros legais.
(HC 101051, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 01/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 15-10-2015 PUBLIC 16-10-2015)

O Tribunal local fixou a pena-base acima do mínimo legal, na primeira fase, em razão da quantidade de drogas. Na terceira etapa do cálculo da pena, afastou a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em virtude quantidade de drogas, mas, sobretudo, porque provada a dedicação a atividades ilícitas.

Não há, pois, a alegada ocorrência de *bis in idem*, visto que a afastamento da minorante do tráfico privilegiado deu-se por fatores que não foram avaliados em outro momento da fixação da reprimenda.

Documento eletrônico VDA39320699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 29/11/2023 18:39:07
Código de Controle do Documento: f66a9554-2e3f-4d61-8bdc-3d86a987561b

Sobre o tema, colham-se:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4° DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM ALEGADO PELA DEFESA. OUTROS ELEMENTOS A ATESTAR A DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONVERSAS TELEFÔNICAS. 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 - Pedido de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4° do art. 33 da Lei de Drogas. De acordo com a jurisprudência deste Sodalício, podem ser considerados como outros elementos para afastar a minorante, por exemplo, o modus operandi, a apreensão de apetrechos relacionados à traficância, como, 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.*
> *III - Na espécie, o vetor quantidade do entorpecente (2kg de maconha) 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 paciente a atividades delituosas, a saber: conversas extraídas do seu celular do paciente, as quais evidenciam que, por diversas vezes, o paciente efetuou transações relacionadas ao comércio de substâncias ilícitas, inclusive com a corré, situação corroborada pelos apetrechos da narcotraficância (balança de precisão e faca para fracionar a droga), apreendidos na casa da denunciada. Portanto, não há se falar em bis in idem como sustentado pela defesa. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no HC 758.702/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 14/2/2023).*

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BIS IN IDEM. QUANTIDADE DE DROGAS UTILIZADA EM DUAS FASES DA DOSIMETRIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTO ADICIONAL APTO A AFASTAR A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. HABITUALIDADE DELITIVA. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. NÃO VERIFICADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.*
> *1. Havendo a indicação de elementos adicionais a evidenciar a dedicação ao tráfico de drogas, não há falar em bis in idem, ainda que a quantidade de drogas tenha sido utilizada para elevar a pena-base e para afastar a minorante do tráfico privilegiado.*
> *2. Na espécie, foi indicado o registro de diálogos, extraídos do celular do agravante, em que ocorreram negociações de tráfico, evidenciando a dedicação a atividades criminosas e, por conseguinte, afastando a incidência do tráfico privilegiado.*
> *3. Tendo o Tribunal de origem concluído pela habitualidade delitiva para afastar a minorante, a reversão das premissas fáticas demandaria imersão em matéria probatória, inadequada na via eleita. 4. Agravo regimental improvido.*
> *(AgRg no HC 744.611/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 23/9/2022).*

Documento eletrônico VDA39320699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 29/11/2023 18:39:07
Código de Controle do Documento: f66a9554-2e3f-4d61-8bdc-3d86a987561b

Por fim, mantida a pena do paciente em 5 anos, é inviável a fixação de regime diverso do fechado, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

A propósito:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO ANTERIOR AO EM APENAMENTO, COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. IDONEIDADE DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA ANOTAÇÃO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS NA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE PELO TRIBUNAL LOCAL. INOVAÇÃO RECURSAL. TERCEIRA FASE. RESTABELECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006, AFASTADA PELA CORTE DE ORIGEM. PROCEDÊNCIA. JULGAMENTO ULTRA PETITA. AUMENTO DA FRAÇÃO DA REDUTORA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO QUANTUM APLICADO. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PENA QUE NÃO ULTRAPASSA 8 ANOS DE RECLUSÃO. APENADO TECNICAMENTE PRIMÁRIO. VETOR JUDICIAL DESFAVORECIDO. MODALIDADE CARCERÁRIA MAIS GRAVOSA JUSTIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.*
> *[...]*
> *- Como já examinado no julgamento do Habeas Corpus n. 766.807/SP, no caso, a despeito de a reprimenda final imposta ao agravante, não ultrapassar os 8 anos de reclusão e de o apenado ser tecnicamente primário, a presença de circunstância judicial desfavorável legitimava o agravamento do regime prisional inicial em um patamar, relativamente ao que o quantum da pena recomenda, nos termos do art. 33, § 2.º e 3.º, do Código Penal. Dessa forma, mantém-se hígida a modalidade mais gravosa.*
> *- Agravo regimental conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido.*
> *(AgRg no HC 770.903/SP, relator Ministro o Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 04/10/2022, DJe de 10/10/2022).*

> *HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS. SUPOSTA ILEGALIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO LANÇADA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E NO QUANTUM DE AUMENTO APLICADO. MAUS ANTECEDENTES, QUANTIDADE DE DROGA E NATUREZA DE ALGUMAS DELAS (29,5 G DE COCAÍNA, 9,55 G DE CRACK E 121,29 G DE MACONHA). ELEMENTOS IDÔNEOS. FRAÇÃO DE 1/5. DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA. PRESENÇA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM . NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DIVERSAS. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6 EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA REDIMENSIONADA. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS E REINCIDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PARECER ACOLHIDO.*
> *[...]*
> *4. Incabível a fixação de regime mais brando, pois inexiste*

Documento eletrônico VDA39320699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 29/11/2023 18:39:07
Código de Controle do Documento: f66a9554-2e3f-4d61-8bdc-3d86a987561b

constrangimento ilegal a ser sanado, eis que o paciente detém circunstâncias judiciais desfavoráveis e é reincidente, sendo aplicável, destarte, o regime fechado, nos termos do art. 33, parágrafos 3º e 2º, alínea b, do Código Penal. (HC 669.583/SP, Rel. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), Quinta Turma, DJe 1/9/2021).

5. Ordem concedida parcialmente para reduzir a fração de agravamento na segunda fase da dosimetria e, assim, fixar a pena do paciente em 7 anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, além do pagamento de 700 dias-multa.

(HC 758.154/SP, relator Ministro o Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 21/10/2022).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Documento eletrônico VDA39320699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 29/11/2023 18:39:07
Código de Controle do Documento: f66a9554-2e3f-4d61-8bdc-3d86a987561b

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0238088-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 760.497 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00107533120178260451 107533120178260451

EM MESA JULGADO: 21/11/2023

Relator
Exmo. Sr. Ministro **JOÃO BATISTA MOREIRA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF1)**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	THIAGO FELICIO DE OLIVEIRA LIMA E OUTROS
ADVOGADOS	:	ANDRÉ LUÍS CERINO DA FONSECA - SP225178
		THIAGO FELÍCIO DE OLIVEIRA LIMA - SP400794
		AMANDA BORGES MARUYAMA - SP414506
		GABRIEL VINICIUS DUCATTI DE TOLEDO - SP450623
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CRISTIANO WANDERLEY DE OLIVEIRA
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	:	CRISTIANO WANDERLEY DE OLIVEIRA
ADVOGADOS	:	ANDRÉ LUÍS CERINO DA FONSECA - SP225178
		THIAGO FELÍCIO DE OLIVEIRA LIMA E OUTROS - SP400794
		AMANDA BORGES MARUYAMA - SP414506
		GABRIEL VINICIUS DUCATTI DE TOLEDO - SP450623
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. ANDRÉ LUÍS CERINO DA FONSECA (P/AGRAVANTE)

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, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Documento eletrônico VDA39227716 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 22/11/2023 16:44:50
Código de Controle do Documento: DBAEC728-E5F7-476A-BBB8-246348CCB3C4