



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 763771 - GO (2022/0254077-6)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : PEDRO HENRIQUE RIBEIRO BATISTA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. PRESENÇA DE ELEMENTOS ADICIONAIS QUE ATESTAM A DEDICAÇÃO DO AGRAVANTE À PRÁTICA DE ATIVIDADES ILÍCITAS. REANÁLISE DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. As instâncias de origem observaram a presença de circunstâncias na empreitada delitiva que não se alinham com o perfil de um traficante de pequena escala ou de alguém não envolvido com certa frequência e anterioridade em atividades criminosas, especialmente o tráfico de entorpecentes, uma vez que, além da apreensão de drogas ilícitas, foram encontradas balança de precisão, arma de fogo e munições.

2. Para superar a conclusão alcançada na origem de dedicação do agravante a atividades ilícitas e chegar às pretensões apresentadas pela parte, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta instância.

3. Agravo regimental não provido.

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 a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 16 de abril de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 763771 - GO (2022/0254077-6)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : PEDRO HENRIQUE RIBEIRO BATISTA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. PRESENÇA DE ELEMENTOS ADICIONAIS QUE ATESTAM A DEDICAÇÃO DO AGRAVANTE À PRÁTICA DE ATIVIDADES ILÍCITAS. REANÁLISE DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. As instâncias de origem observaram a presença de circunstâncias na empreitada delitiva que não se alinham com o perfil de um traficante de pequena escala ou de alguém não envolvido com certa frequência e anterioridade em atividades criminosas, especialmente o tráfico de entorpecentes, uma vez que, além da apreensão de drogas ilícitas, foram encontradas balança de precisão, arma de fogo e munições.

2. Para superar a conclusão alcançada na origem de dedicação do agravante a atividades ilícitas e chegar às pretensões apresentadas pela parte, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta instância.

3. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que denegou a ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 490-495).

O agravante foi condenado à pena de 8 anos e 9 meses de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 510 dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 e no art. 16, §1º, IV, da Lei nº 10.826/2003.

O recurso de apelação interposto pela defesa foi desprovido (e-STJ fls. 452-455).

A defesa, então, impetrou *habeas corpus* perante esta Corte pleiteando, em síntese, a concessão da ordem para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. O então relator, Ministro João Batista Moreira, denegou a ordem (e-STJ fls. 490-495).

Em sequência, a defesa interpôs agravo regimental (e-STJ fls. 505-510), sustentando, em síntese: a) preenchimento dos requisitos legais da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto o agravante é primário, com bons antecedentes, não integra organização criminosa, nem se dedica habitualmente ao tráfico de entorpecentes; b) inidoneidade do fundamento empregado para afastar o redutor do tráfico, uma vez que amparado tão somente na quantidade da droga apreendida, que não é apta a demonstrar, desacompanhada de outros elementos, o envolvimento do agravante com o crime organizado ou a sua dedicação à atividade criminosa; e c) "em que pese o acórdão combatido ter exarado que o agravante se dedica a atividades ilícitas, este não possui condenações transitadas em julgado pelo mesmo crime, cabe aqui esclarecer que, em verdade, o agravante é primário e possui bons antecedentes, tendo em vista que ostenta ação penal em andamento sem trânsito em julgado, de modo que não pode ser utilizada para afastar a aplicação do vetor máximo ou para comprovar 'dedicação' a atividade criminosa" (e-STJ fls. 508-509).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento de seu recurso pelo Colegiado.

É o relatório.

VOTO

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

No entanto, não verifico elementos suficientes para reconsiderar a decisão proferida, cuja conclusão mantenho pelos seus próprios fundamentos (e-STJ fls. 491-495):

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, ainda, a quantidade de entorpecentes apreendida — 67,623g de cocaína; 85,748g de maconha e 342 comprimidos de ecstasy (e-STJ fl. 436).

Ainda que se desconsidere o fato de o paciente ostentar ação penal em andamento, pois a jurisprudência desta Corte orienta que a existência de ações penais sem trânsito em julgado não pode justificar a negativa da minorante, consignou, em acréscimo, a apreensão de "balança de precisão, arma de fogo e munições, aliado ao fato de o recorrente ostentar ações penais em andamento (autos 201900022383 e 201900450482" (e-STJ fl. 436).

Concluiu que esses elementos evidenciam "maior envolvimento com as atividades criminosas" (e-STJ fl. 436).

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

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA, ALIADAS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS INDICATIVAS DE DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVISÃO DE ENTENDIMENTO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, aliadas às demais circunstâncias do caso concreto (valor da carga, transporte interestadual, concurso de agentes etc.) indicativas de que o acusado se dedicava à atividade criminosa, pois o transporte da droga foi previamente calculado com estratégias para ajudar na execução do intento criminoso.

2. A reforma do entendimento firmado pela instância ordinária, para afastar o entendimento de que o recorrente se dedicava às atividades criminosas e, assim, aplicar a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei Federal n. 11.343/06, demanda, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada na via eleita.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 720.526/SP, relator o Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/04/2022, DJe de 03/05/2022).

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 PRÓVIDO.

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).

Desconstituir a conclusão a que chegou a instância ordinária quanto à dedicação do agente a atividades ilícitas e participação em organização criminosa demandaria revolvimento de questões fático-probatórias, inviável no habeas corpus.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. São condições para que o condenado faça jus à diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

2. No caso, a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, foi afastada não somente com base na quantidade expressiva de drogas, mas também pelas circunstâncias específicas do caso, tendo sido declinados elementos idôneos e concretos indicadores de envolvimento habitual com o esquema criminoso. Na hipótese, foi salientado o *modus operandi* da ação criminosa, consubstanciado no fato de o agravante ter contratado o corréu para 'preparar' o veículo para o transporte dos entorpecentes para outro Estado da federação, denotando a sua dedicação à atividade criminosa.

3. 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.

4. Não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, em razão do não preenchimento dos requisitos previstos nos incisos I e III do art. 44 do Código Penal.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 752.300/MS, relatora a Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 09/08/2022, DJe de 18/08/2022).

No mais sobre a dosimetria, importante dizer 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 e também porque provada a dedicação a atividades ilícitas.

Não há *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.

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 § 4º 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 § 4º 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).

Ante o exposto, indefiro a ordem.

Como se vê, as instâncias de origem observaram a presença de circunstâncias na empreitada delitiva que não se alinham com o perfil de um traficante de pequena escala ou de alguém não envolvido com certa frequência e anterioridade em atividades criminosas, especialmente o tráfico de entorpecentes, uma vez que, além da apreensão de drogas ilícitas, foram encontradas balança de precisão, arma de fogo e munições.

Reforço que, "havendo a indicação de elementos adicionais a evidenciar a dedicação ao tráfico de drogas, não há falar em *bis in idem*, mesmo que a quantidade de drogas, utilizada para elevar a pena-base, tenha sido mencionada quando do afastamento da privilegiadora" (AgRg no HC n. 822.553/DF, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 13/11/2023, DJe de 16/11/2023).

Por fim, para superar a conclusão alcançada na origem de dedicação do agravante a atividades ilícitas e chegar às pretensões apresentadas pela parte, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta instância.

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

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0254077-6

AgRg no
HC 763.771 / GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00167882820208090175 167882820208090175 202000167882

EM MESA

JULGADO: 16/04/2024

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 : DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE GOIAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : PEDRO HENRIQUE RIBEIRO BATISTA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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 : PEDRO HENRIQUE RIBEIRO BATISTA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

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 a Sra. Ministra Relatora.