SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 771433 - SP (2022/0293484-2)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	FLAVIO MATOS DE SOUSA (PRESO)
ADVOGADOS	:	YURI FACO TOMANIK - SP393124
		NIKOLAS LIMA PESSOA DIAS E OUTRO - SP456809
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS.* TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A fixação da pena-base no mínimo legal não impede a aplicação de regime mais gravoso, desde que devidamente justificado com base nas peculiaridades do caso concreto. Precedentes.
2. O Tribunal local fixou o regime inicial fechado com base na quantidade de entorpecente apreendido - 1.470 porções de cocaína, pesando aproximadamente 1.835,45g, aliada às demais circunstâncias da apreensão, o que não destoa da jurisprudência desta Corte sobre a matéria.
3. Agravo regimental improvido.

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, 05 de março de 2024.

Ministra Daniela Teixeira

Relatora

Documento eletrônico VDA40529370 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 06/03/2024 18:12:58
Código de Controle do Documento: 1e122d8c-a8c6-4fda-be61-77e5ddb660fd

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 771433 - SP (2022/0293484-2)

RELATORA	:	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	FLAVIO MATOS DE SOUSA (PRESO)
ADVOGADOS	:	YURI FACO TOMANIK - SP393124
		NIKOLAS LIMA PESSOA DIAS E OUTRO - SP456809
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS.* TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. A fixação da pena-base no mínimo legal não impede a aplicação de regime mais gravoso, desde que devidamente justificado com base nas peculiaridades do caso concreto. Precedentes.
2. O Tribunal local fixou o regime inicial fechado com base na quantidade de entorpecente apreendido - 1.470 porções de cocaína, pesando aproximadamente 1.835,45g, aliada às demais circunstâncias da apreensão, o que não destoa da jurisprudência desta Corte sobre a matéria.
3. Agravo regimental improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por FLAVIO MATOS DE SOUSA contra decisão monocrática proferida pelo Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) que indeferiu a ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 75-78).

A defesa alega: a) a fixação do regime inicial fechado não estaria devidamente fundamentada, argumentando que "a quantidade de droga não é motivo, por si só, para aplicar regime mais gravoso, especialmente quando não houve exasperação da pena-base na dosimetria" (e-STJ fl. 87); e b) "o acórdão impugnado da 4ª Câmara Criminal do TJSP violou as súmulas 440 do STJ, bem como as súmulas 718 e 719 do STF por tratar da gravidade abstrata do delito e a opinião do julgador acerca do crime para a fixação do regime mais gravoso" (e-STJ fl. 87).

Documento eletrônico VDA40529242 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 06/03/2024 18:13:13
Código de Controle do Documento: cc9adf5e-6867-4e5b-a343-926c8e9a5db7

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento ao recurso para que seja fixado o regime semiaberto.

Sem contrarrazões, conforme certidões de e-STJ fls. 102 e 103.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, tendo em vista que a decisão impugnada foi publicada em 29/05/2023 (e-STJ fl. 79) cumpre atestar a tempestividade do recurso, pois interposto em 30/05/2023 (e-STJ fl. 92), ou seja, dentro do prazo previsto no art. 258, *caput*, do RISTJ.

O agravante foi condenado à pena de 5 anos de reclusão em regime inicial fechado, além do pagamento de 500 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (e-STJ fls. 15-22).

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa (e-STJ fls. 23-34).

O *habeas corpus* impetrado perante esta Corte teve a ordem denegada.

Não verifico elementos suficientes para reconsiderar a decisão proferida, cuja conclusão mantenho pelos seus próprios fundamentos (e-STJ fls. 76-78):

> *O Tribunal local fixou a pena-base mínimo legal e, 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 por considerar que o paciente dedicava-se a atividades criminosas, em razão da natureza e da quantidade de droga apreendida - 1.470 porções de cocaína (e-STJ fl. 26), aliado ao contexto fático, em que a droga já estaria fracionada para a entrega a terceiros "e as notícias de usuários e traficantes no sentido que o réu era distribuidor de drogas entre os pequenos traficantes na região, tudo isso indica que o réu se dedicava à atividade criminosa" (e-STJ fl. 31).*
> *Verifica-se que a quantidade de entorpecente apreendido foi valorada apenas na terceira etapa do cálculo da pena em conjunto com o contexto fático da apreensão.*
> *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 apenado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevidobis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.*
> *Confira-se a ementa do julgado:*
>
> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO.*

Documento eletrônico VDA40529242 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 06/03/2024 18:13:13
Código de Controle do Documento: cc9adf5e-6867-4e5b-a343-926c8e9a5db7

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 IDEMCONFIGURADO. ILEGALIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.1. Configurabis 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).

Quanto ao regime inicialmente escolhido para o resgate da reprimenda, cumpre salientar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é uníssona no sentido de o magistrado deverá se pautar pelos parâmetros estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para a definição do regime prisional no qual o réu irá iniciar o cumprimento da reprimenda que lhe foi imposta.
No caso dos autos, embora a pena se situe em patamar intermediário, ou seja, entre 04 e 08 anos de reclusão, o que, em tese, autorizaria a fixação do modo semiaberto, a quantidade de entorpecente apreendido - 1.470 porções de cocaína (e-STJ fl. 26) - permite a fixação do regime mais gravoso, em harmonia com o entendimento deste Tribunal Superior e o disposto no art. 33, § 2º, alíneas a e b, e 3º do Código Penal.
A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
1. 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.
2. No caso, a Corte estadual 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.
3. Consoante entendimento desta Corte Superior de Justiça, a fixação da pena-base no mínimo legal não impede a aplicação de regime mais gravoso, desde que devidamente justificado nas peculiaridades do caso analisado, tal como ocorreu na hipótese

Documento eletrônico VDA40529242 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 06/03/2024 18:13:13
Código de Controle do Documento: cc9adf5e-6867-4e5b-a343-926c8e9a5db7

dos autos.
4. Agravo regimental não provido.(AgRg no HC 734.376/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 21/6/2022).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO JUSTIFICA A APLICAÇÃO DA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO MÍNIMA E A IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS SEVERO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. Reconhecida a hipótese de aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a pena provisória foi reduzida na fração de 1/6, ante a grande quantidade das drogas apreendidas - 11.650,4g de maconha -, elementos que reclamam uma maior resposta estatal no momento da realização da dosimetria da pena, nos moldes já assentados na jurisprudência desta Corte Superior.
2. Fixada a pena em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos de reclusão, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, consideradas as circunstâncias do caso que resultou na apreensão de quase 12 kg de maconha, nos moldes firmados no acórdão recorrido, em consonância com a orientação jurisprudencial.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.(AgRg nos EDcl no AREsp2.258.560/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 17/3/2023).
Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, indefiro a ordem.

No mesmo sentido, cito os seguintes julgados em que houve agravamento do regime inicial de cumprimento de pena em razão da quantidade de entorpecente apreendido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FRAÇÃO ADEQUADA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
1. O disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 estabelece apenas os requisitos necessários para a aplicação da minorante nele prevista, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a fixação do quantum de diminuição de pena.
2. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.
A Terceira Seção desta Corte, na mesma direção, afirmou recentemente a "possibilidade de valoração da quantidade e da

Documento eletrônico VDA40529242 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 06/03/2024 18:13:13
Código de Controle do Documento: cc9adf5e-6867-4e5b-a343-926c8e9a5db7

natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena" (HC n. 725.534/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 3ª S., DJe 1º/6/2022.)
3. No caso, a Corte regional dentro do seu livre convencimento motivado fundamentou, com base em argumentos idôneos e específicos dos autos, o porquê da redução em 1/6, havendo destacado, em síntese, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas, motivo pelo qual não há nenhum ajuste a ser feito na reprimenda a ele imposta.
4. As instâncias ordinárias mantiveram a fixação do regime inicial fechado, com base, justamente, nas peculiaridades do caso analisado, notadamente a natureza e a quantidade de drogas apreendidas e os materiais apreendidos relacionados à traficância, elementos que, de fato, justificam a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada, nos termos do art. 33, § 3º, c/c o art. 59 do CP.
5. Consoante entendimento desta Corte Superior de Justiça, a fixação da pena-base no mínimo legal não impede a aplicação de regime mais gravoso, desde que devidamente justificado com base nas peculiaridades do caso analisado, conforme feito na hipótese dos autos.
6. Agravo regimental não provido.
(AgRg no HC n. 804.809/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. 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. SÚMULA N. 7 DO STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. VARIEDADE E EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. RECURSO DESPROVIDO.
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 concreto, foram apreendidos: 03 (três) pedras de crack, 01 (uma) barra bruta de tal substância, 01 (um) saco plástico contendo vários pedaços de cocaína, além de 21 (vinte e um) invólucros, 01 (uma) barra e 01 (um) saco plástico contendo a mesma substância, pesando, no total, 916,80g (novecentos e dezesseis gramas e oitenta centigramas), 99,95g (noventa e nove gramas e noventa e cinco centigramas), 435,80g (quatrocentos e trinta e cinco gramas e oitenta centigramas), 424,40g (quatrocentos e vinte e quatro gramas e quarenta centigramas) e 812 (oitocentos e doze gramas), circunstâncias essas que, somadas à apreensão de 01 (um) rolo de plástico, 03 (três) rolos de fita adesiva, 01 (uma) prensa

Documento eletrônico VDA40529242 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 06/03/2024 18:13:13
Código de Controle do Documento: cc9adf5e-6867-4e5b-a343-926c8e9a5db7

hidráulica, 02 (dois) pacotes de 1Kg (um quilo) de taurina, 01 (um) pacote de substância multiácido, pesando 485,47g (quatrocentos e oitenta e cinco gramas e quarenta e sete centigramas), 1.996g (mil gramas, novecentos e noventa e seis centigramas), 793,41g (setecentos e noventa e três gramas e quarenta e um centigramas), além de 01 (um) caldeirão e 01 (uma) panela utilizados para o preparo de drogas, 02 (duas) colheres com resquícios de crack, 01 (uma) balança de precisão, 01 (urna) capa preta de coleto balístico, 01 (um) simulacro de arma de fogo de uso restrito e R$230,00 (duzentos e trinta reais) em dinheiro, sem origem lícita, elementos que não se compatibilizam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica a atividades criminosas.
3. Maiores digressõe s sobre o tema encontram óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, por demandar minucioso revolvimento do conteúdo fático-probatório.
4. Apesar de o montante da pena - 5 anos de reclusão -, admitir, em tese, a fixação do regime intermediário, o regime prisional inicial mais gravoso deve ser mantido, haja vista a gravidade concreta da conduta perpetrada, consubstanciada na variedade e expressiva quantidade de drogas apreendidas. Tal entendimento está em harmonia com a jurisprudência desta Corte de Justiça, segundo a qual a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, é condição apta a recrudescer o regime prisional, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
5. Agravo não provido.
(AgRg no AREsp n. 2.305.922/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 26/6/2023.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto

Documento eletrônico VDA40529242 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 06/03/2024 18:13:13
Código de Controle do Documento: cc9adf5e-6867-4e5b-a343-926c8e9a5db7

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0293484-2

AgRg no
HC 771.433 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15003954820218260626 22977872021

EM MESA

JULGADO: 05/03/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOÃO HELIOFAR DE JESUS VILLAR

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	NIKOLAS LIMA PESSOA DIAS E OUTRO
ADVOGADOS	:	YURI FACO TOMANIK - SP393124
		NIKOLAS LIMA PESSOA DIAS - SP456809
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FLAVIO MATOS DE SOUSA (PRESO)
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	:	FLAVIO MATOS DE SOUSA (PRESO)
ADVOGADOS	:	YURI FACO TOMANIK - SP393124
		NIKOLAS LIMA PESSOA DIAS E OUTRO - SP456809
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Documento eletrônico VDA40522651 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 06/03/2024 12:34:54
Código de Controle do Documento: F8F549BC-7363-4A66-AD13-091DD21C5BFA