



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 845162 - SP (2023/0282011-8)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : ROBERTO MORANDIM JUNIOR (PRESO)
ADVOGADOS : RENAN BORTOLETTO E OUTRO - SP314534
PEDRO HENRIQUE MORAES PEREIRA DA SILVA - SP455137
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. PENA-BASE FIXADA UM SEXTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PROPORCIONALIDADE. ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, INCISO III, "C", DO CÓDIGO PENAL – CP. NÃO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVER A TESE APRESENTADA PELA CORTE ESTADUAL. NECESSÁRIO O REEXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. INVIÁVEL EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É certo que no caso de fundamentação baseada na quantidade e/ou natureza dos entorpecentes, aplica-se o art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal, cabendo ao magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

2. Quanto à fração de aumento da pena-base, no silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento da pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 (um sexto) da mínima estipulada e outro de 1/8 (um oitavo), a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, ressalvadas as hipóteses em que haja fundamentação idônea e bastante que justifique aumento superior às frações acima mencionadas.

In casu, a diversidade de drogas apreendidas – 209,6g de maconha (1 porção, 1 tablete e diversas porções soltas); 28,1g de *Ecstasy* (50 comprimidos); e 2,88g de LSD (136 micropontos) – é fundamento idôneo para a exasperação da pena-base e adoção da fração de 1/6, sobretudo considerando que o art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos a cada uma das circunstâncias judiciais a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito, de modo que não há impedimento a que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado

tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto. Precedentes.

3. Verifica-se a existência de *reformatio in pejus* somente quando, em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal promove o agravamento da situação do acusado, o que não se verificou na hipótese dos autos, em que a pena do paciente restou reduzida pela Corte estadual.

4. Não há falar em constrangimento ilegal em razão do não reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, “c”, do Código Penal, pois, conforme destacou o Tribunal de origem, *“não passou de afirmação desprovida de qualquer prova idônea. De mais a mais, caso estivesse mesmo sofrendo algum tipo de coação, antes de aceitar transportar entorpecentes – atitude que, na verdade, faz dele também um traficante de drogas – deveria procurar as autoridades e relatar sua situação”*. Assim, qualquer conclusão em sentido contrário não pode ser realizada na estreita via do *habeas corpus*, pois esta ação constitucional não admite o revolvimento probatório.

5. Agravo Regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 09/04/2024 a 15/04/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 15 de abril de 2024.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 845162 - SP (2023/0282011-8)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : ROBERTO MORANDIM JUNIOR (PRESO)
ADVOGADOS : RENAN BORTOLETTO E OUTRO - SP314534
PEDRO HENRIQUE MORAES PEREIRA DA SILVA - SP455137
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. PENA-BASE FIXADA UM SEXTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PROPORCIONALIDADE. ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, INCISO III, "C", DO CÓDIGO PENAL – CP. NÃO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVER A TESE APRESENTADA PELA CORTE ESTADUAL. NECESSÁRIO O REEXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. INVIÁVEL EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É certo que no caso de fundamentação baseada na quantidade e/ou natureza dos entorpecentes, aplica-se o art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal, cabendo ao magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

2. Quanto à fração de aumento da pena-base, no silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento da pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 (um sexto) da mínima estipulada e outro de 1/8 (um oitavo), a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, ressalvadas as hipóteses em que haja fundamentação idônea e bastante que justifique aumento superior às frações acima mencionadas.

In casu, a diversidade de drogas apreendidas – 209,6g de maconha (1 porção, 1 tablete e diversas porções soltas); 28,1g de *Ecstasy* (50 comprimidos); e 2,88g de LSD (136 micropontos) – é fundamento idôneo para a exasperação da pena-base e adoção da fração de 1/6, sobretudo considerando que o art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos a cada uma das circunstâncias judiciais a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito, de modo que não há impedimento a que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado

tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto. Precedentes.

3. Verifica-se a existência de *reformatio in pejus* somente quando, em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal promove o agravamento da situação do acusado, o que não se verificou na hipótese dos autos, em que a pena do paciente restou reduzida pela Corte estadual.

4. Não há falar em constrangimento ilegal em razão do não reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, “c”, do Código Penal, pois, conforme destacou o Tribunal de origem, *"não passou de afirmação desprovida de qualquer prova idônea. De mais a mais, caso estivesse mesmo sofrendo algum tipo de coação, antes de aceitar transportar entorpecentes – atitude que, na verdade, faz dele também um traficante de drogas – deveria procurar as autoridades e relatar sua situação"*. Assim, qualquer conclusão em sentido contrário não pode ser realizada na estreita via do *habeas corpus*, pois esta ação constitucional não admite o revolvimento probatório.

5. Agravo Regimental desprovido.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental interposto por ROBERTO MORANDIM JUNIOR contra decisão singular por mim proferida, às fls. 67/77, em que não conheci do *habeas corpus*.

No presente recurso, o agravante insiste na tese de que a quantidade de drogas apreendidas não justifica a majoração da pena-base acima do mínimo legal.

Enfatiza que faz jus à atenuante disposta no art. 65, III, “c”, do Código Penal, visto que restou demonstrado que vinha sofrendo ameaças de traficante e somente cometeu o crime em virtude da coação moral resistível.

Requer, assim, *"a reconsideração da r. Decisão que não conheceu do habeas corpus ou que o presente Agravo Regimental seja submetido à análise da Quinta Turma do E. STJ, para que seja concedida a ordem no que tange aos pleito defensivo contido no presente writ. Subsidiariamente, requer-se o enfrentamento do mérito do habeas corpus, conhecendo-o, para possibilitar a interposição de Recurso Ordinário"* (fls. 82/88).

É o relatório.

VOTO

O presente agravo regimental não merece provimento, em que pesem os argumentos apresentados pelo agravante, devendo a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conforme afirmado no *decisum* agravado, esta Corte Superior não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, porém ressalta a possibilidade de

concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente, o que não é o caso dos autos.

A irresignação cinge-se acerca da possibilidade de redução da pena-base em razão da quantidade de drogas apreendidas na posse do agravante, bem como do reconhecimento da atenuante disposta no art. 65, III, "c", do Código Penal.

Com efeito, o agravante foi denunciado e preso preventivamente, pois transportava, juntamente com o corréu, 1 porção, 1 tablete e diversas porções soltas de maconha (peso total de 209,6g); 50 comprimidos de MDMA – Metanfetamina, conhecida como *Ecstasy* (28,1g) e 136 micropontos (selos) contendo ALD-52, conhecida como LSD (2,88g) (fls. 38/39).

Diante disso, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o magistrado de primeiro grau condenado o agravante à pena de 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, conforme se verifica no que interessa:

"A culpabilidade, normal. O réu possui bons antecedentes. Não há elementos para valorar a conduta social do acusado. Personalidade neutra, uma vez que inexistem nos autos elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição (STJ, HC n. 176.004). Motivo do crime normal. Circunstâncias graves, tendo em vista a grande quantidade de drogas apreendida, de elevado valor no mercado negro e grande poder de vício, circunstância preponderante nos termos do artigo 42 da Lei n. 11.343/2006. Consequências normais à espécie. Por fim, o comportamento da vítima não contribuiu para o desenlace fático, o que significa que essa vetorial é neutra (STJ, HC n. 217.819).

Presente uma vetorial negativa e a considerar que cada circunstância judicial desfavorável deve levar a um acréscimo correspondente a 1/8 do apurado entre a pena mínima e a pena máxima cominada ao delito (STJ, HC n. 305.505), fixo a pena-base em 06 anos e 03 meses de reclusão e 625 dias-multa.

Concorre a agravante da reincidência, como prova a condenação anterior na ação penal nº 0000069-83.2016.8.26.0612 (f.70), que fica compensada com a atenuante da confissão espontânea, razão porque mantenho a pena em 06 anos e 03 meses de reclusão e 625 dias-multa.

Ausentes causas de aumento e diminuição, fica o réu definitivamente condenado à pena de 06 anos e 03 meses de reclusão e 625 dias-multa.

Fixo o valor do dia-multa no mínimo legal.

A considerar a dedicação ao tráfico de drogas e atividades criminosas, reconhecida nesta sentença (fundamentação supra) e a presença de circunstâncias judiciais negativas (artigo 33, § 3º, do Código Penal), bem como a reincidência, fixo o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (artigo 44 do CP) e a suspensão condicional da pena (artigo 77 do CP) em razão da pena fixada.

O período de prisão preventiva do acusado será considerado para definir o regime de cumprimento da pena, cujos cálculos serão realizados na fase de execução. Contudo, conforme artigo 387, § 2º, do CPP, constato que ele não alcançou o requisito objetivo para a progressão de regime.

Condeno o réu ao pagamento das custas e despesas processuais. Eventual causa de isenção deverá ser avaliada pelo Juízo da Execução Penal" (fl. 35).

A Corte Estadual, por sua vez, deu parcial provimento ao recurso de apelação do agravante, reduzindo a pena do paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos:

"Cuida-se de recurso interposto por Roberto Morandim Júnior contra a r. sentença de fls. 384/393, que julgou procedente a ação penal e o condenou, por infringência ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento da pena de 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 625 dias-multa, de valor unitário mínimo.

E, na análise dos argumentos trazidos como recurso, cumpre observar que não se discute o acerto da condenação, na medida em que a materialidade está comprovada pelos laudos de fls. 130/132 e 133/36, que constatarem que as substâncias apreendidas eram maconha, ADL-52 e metilenodioxianfetamina, enquanto a autoria foi admitida pelo acusado em juízo, onde confessou a autoria do delito, com a justificativa de que era ameaçado por um traficante, pois não tinha dinheiro para quitar sua dívida, e aceitou realizar o transporte das drogas (áudio digital do SAJ).

Tanto é assim, que a Defesa só questiona a pena imposta.

Nesse ponto, o que se percebe é que o réu agiu como dolo normal para a espécie de delito, e a quantidade de droga apreendida, mas a variedade justifica o aumento de 1/6 para a pena base, que fica, portanto, reduzido ao mínimo legal de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, de valor unitário mínimo.

Na segunda fase, a pena não sofreu modificação, pois compensadas a agravante da reincidência (fls. 70), com a atenuante da confissão.

Anote-se que não tem cabimento reconhecer a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, "c", do Código Penal, que não passou de afirmação desprovida de qualquer prova idônea.

De mais a mais, caso estivesse mesmo sofrendo algum tipo de coação, antes de aceitar transportar entorpecentes – atitude que, na verdade, faz dele também um traficante de drogas – deveria procurar as

autoridades e relatar sua situação.

Por outro lado, a reincidência justificou o afastamento da regra prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, que tem como requisitos a primariedade e bons antecedentes e também a imposição do regime inicial, fechado, nos moldes do que foi determinado na r. sentença recorrida, observando-se que a quantidade da pena imposta impede qualquer tipo de substituição da pena privativa de liberdade.

Pelo mesmo motivo, até mesmo considerando que respondeu preso a todo o processo, agora, quando já existe sentença condenatória onde a segregação foi considerada necessária (fls. 393), por maior razão deverá permanecer recolhido.

Em suma, o provimento parcial do recurso é medida que se impõe à correta solução do caso dos autos.

Diante do exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO para reduzir a pena de Roberto Morandim Júnior para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, de valor unitário mínimo, mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Custas na forma da Lei" (fls. 39/41).

Sobre a pena aplicada ao agravante, o ordenamento jurídico não estabelece um critério objetivo ou matemático para a dosimetria da pena, sendo admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que baseado em circunstâncias concretas do fato criminoso, de modo que a motivação do édito condenatório ofereça garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Com efeito, a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal – CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Sendo assim, é certo que o refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

No delito de tráfico de drogas não há ilegalidade na exasperação da pena-base acima do mínimo legal com fulcro no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a quantidade e a natureza da droga apreendida é fundamento idôneo para exasperar a pena-base e deve preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

Por outro lado, quanto à fração de aumento da pena-base, no silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento da

pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 (um sexto) da mínima estipulada e outro de 1/8 (um oitavo), a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, ressalvadas as hipóteses em que haja fundamentação idônea e bastante que justifique aumento superior às frações acima mencionadas.

No caso dos autos, a diversidade de drogas apreendidas – 209,6g de maconha (1 porção, 1 tablete e diversas porções soltas); 28,1g de *Ecstasy* (50 comprimidos); e 2,88g de LSD (136 micropontos) – é fundamento idôneo para a exasperação da pena-base e adoção da fração de 1/6, sobretudo considerando que o art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos a cada uma das circunstâncias judiciais a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito, de modo que não há impedimento a que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto.

A propósito, colaciono recentes julgados da Quinta Turma deste STJ quanto ao tema:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA PRESENTE VIA. PENA-BASE FIXADA UM SEXTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS (457G DE DROGAS VARIADAS, ENTRE CRACK, COCAÍNA E MACONHA). ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. PROPORCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO AFASTADA. RÉU QUE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Em razão da exigência de revolvimento do conteúdo fático-probatório, a estreita via do habeas corpus, bem como do recurso ordinário em habeas corpus, não é adequada para a análise das teses de negativa de autoria e da existência de prova robusta da materialidade delitiva.

2. No caso de fundamentação baseada na quantidade e/ou natureza dos entorpecentes, aplica-se o art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal, cabendo ao magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que

extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Assim, considerando o mínimo e máximo da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão, e, considerando a quantidade e natureza de drogas apreendidas na posse do paciente e dos corréus (457g de drogas variadas, entre crack, cocaína e maconha), a majoração da pena-base quanto a essa circunstância desfavorável, em 1/6, mostra-se razoável, pois a fundamentação apresentada está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e com o entendimento desta Corte de que a quantidade e natureza da droga apreendida deve ser considerada na fixação da reprimenda.

3. O § 4º do art. 33 da Lei de Drogas disciplina a incidência de causa especial de redução da pena, hipótese denominada pela doutrina como "tráfico privilegiado". Para que o réu possa ter o benefício da diminuição, deverá cumprir, cumulativamente, 4 requisitos, quais sejam: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não se dedicar às atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa. Os dois pressupostos iniciais são de avaliação estritamente objetiva, basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. Quanto às duas últimas condições, a análise envolve apreciação subjetiva do Magistrado processante, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, para aferir se o apenado dedica-se às atividades criminosas ou integra organização criminosa.

No caso dos autos, a Corte estadual afastou a aplicação da minorante, sob o fundamento de que restou comprovado que o ora agravante se dedicava a atividade criminosa, pois foi encontrada grande quantidade e variedade de drogas com o acusado e os corréus, destacando-se que o local que foram encontrados era conhecido como ponto de tráfico pelos policiais e, ainda, que "foi a clara divisão de tarefas entre os réus, pois foi demonstrado nos autos que cada um tinha consigo uma espécie de entorpecente e parte do total do dinheiro obtido com as vendas até aquele momento". Dessa forma, nota-se que restou demonstrada a ausência dos requisitos objetivos e subjetivos para concessão do benefício, o que afasta, de plano, a aplicação da causa especial de redução da pena pretendida, estando esse fundamento em consonância com o entendimento desta Corte.

Ademais, para se acolher a tese de que o réu não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede do habeas corpus.

4. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 790.834/SP, de minha Relatoria, Quinta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 24/5/2023.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT,

C.C. ART. 40, INCISO V, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ART. 42, DA LEI DE DROGAS E ART. 59, DO CÓDIGO PENAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ORDEM CONCEDIDA PARA READEQUAR A FRAÇÃO DE EXASPERAÇÃO PUNITIVA. FRAÇÃO PROPORCIONAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AGENTE ENVOLVIDO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. MODUS OPERANDI DO DELITO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA JUSTIFICOU O RECRUDESCIMENTO DA MODALIDADE CARCERÁRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR PENAS ALTERNATIVAS. REQUISITO OBJETIVO DA MEDIDA NÃO ATENDIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A revisão da dosimetria da pena 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 304.083/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015). Nesse contexto, a exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

- A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça. Precedentes.

- **O entendimento desta Corte firmou-se também no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.**

- Na hipótese, a pena-base do agravante foi exasperada no dobro do mínimo legal, pelo desfavorecimento da quantidade expressiva de droga apreendida, quase 100 kg de maconha (fl. 490). O fundamento utilizado para promover o incremento da pena do agravante é, de fato, motivação para algum quantum de exasperação, até mesmo em patamar superior ao prudencialmente recomendado. Porém, esse fundamento não autoriza a valoração negativa de mais do que um vetor e nem a fração de aumento empregada na origem.

- **Correta a concessão da ordem, de ofício, para corrigir a fração de exasperação da pena-base do**

agravante, para o patamar mais adequado e proporcional de 1/2 sobre o mínimo legal, pelo desfavorecimento da quantidade da droga apreendida.

- 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.

- A Corte local concluiu, com base em elementos concretos presentes nos autos, que o agravante praticava o tráfico de drogas vinculado a organização criminosa. Nesse sentido, apontou não somente a apreensão de relevante quantidade de droga, mas também peculiaridades do modus operandi do delito que indicavam a experiência do agente no exercício da traficância, notadamente, o fato de a droga (destinada a outro Estado da Federação) ser transportada em compartimento adrede preparado do veículo e de o delito ter sido praticado em comparsaria com corréu cooptado pelo agravante.

- A reforma do juízo de fato firmado na origem, inclusive, no sentido de afastar a conclusão de que o material entorpecente estaria acondicionado em compartimento do veículo prévia e especialmente organizado para o transporte, ademais, demandaria reexame fático-probatório, para o qual a via estreita, de cognição sumária, do writ, não se presta.

- Reduzindo-se a pena-base do agravante, e mantidos os demais termos da dosimetria feita na origem, a sua nova reprimenda final resultou no patamar de 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão, e 729 dias-multa.

- Quanto à forma de cumprimento da pena privativa de liberdade, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso.

- Na espécie, o recrudescimento do regime prisional inicial justificou-se pela quantidade da droga apreendida, sopesada na primeira fase da dosimetria, razão pela qual ficou mantido o regime fechado, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal c.c. o 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Não foi atendido o requisito objetivo para a substituição da prisão por penas alternativas, previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 762.047/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 26/8/2022.)

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/8 (UM OITAVO) PARA MAJORAR A PENA-BASE.

AUMENTO DA BASILAR PAUTADO NA DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO E NOS ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ALEGAÇÃO DE SER O PACIENTE NÃO REINCIDENTE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, V, DA LEI DE DROGAS. ACERVO PROBATÓRIO QUE ATESTA A OCORRÊNCIA DE TRÁFICO INTERESTADUAL. MODIFICAÇÃO A DEMANDAR REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. 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 fração de 1/8 (um oitavo) para majorar a pena-base. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, inciso IX, Constituição Federal), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal brasileiro, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito. Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se, na primeira fase da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no caput do art. 59 do Código Penal, bem como o art. 42 da Lei de Drogas, indicando, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da decisão que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal. Além disso, não se admite a adoção de um critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade, como ocorreu no caso. Precedentes.

III - Na hipótese em foco, não há se falar em desproporcionalidade no aumento da pena-base em 1/3 (um terço), haja vista a grande quantidade de droga apreendida - 12.091,35 g de cocaína e 10.190,00 g de crack.

IV - Em relação à alegação de que o paciente não ser reincidente, não é possível acolher a referida argumentação, pois ela diverge frontalmente da premissa posta pela Corte originária. Em verdade, a alteração do

julgado, como pretende a defesa, demanda reexame de provas, medida interdita na via estreita do habeas corpus.

V - Incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei de Drogas firmada no conjunto fático-probatório, de acordo com a Corte originária, a qual destacou, para tanto, os diálogos captados por meio de interceptação telefônica, a confissão do paciente de que a droga vinha de outra unidade federativa, bem como de corrêu, que dirigia o caminhão que transportava os entorpecentes.

Desta feita, o acolhimento da pretensão defensiva requer o revolvimento de provas, o que não é consentâneo com a via eleita.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 756.178/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 17/11/2022.)

Noutro giro, somente se verifica a existência de *reformatio in pejus* quando, em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal promove o agravamento da situação do acusado, o que não se verificou na hipótese dos autos, em que a pena do paciente restou reduzida pela Corte estadual.

Por fim, não restou evidenciado constrangimento ilegal quando ao não reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, “c”, do Código Penal, pois, conforme destacou o Tribunal de origem, *"não passou de afirmação desprovida de qualquer prova idônea. De mais a mais, caso estivesse mesmo sofrendo algum tipo de coação, antes de aceitar transportar entorpecentes – atitude que, na verdade, faz dele também um traficante de drogas – deveria procurar as autoridades e relatar sua situação"* (fls. 40/41). Assim, qualquer conclusão em sentido contrário não pode ser realizada na estreita via do *habeas corpus*, pois esta ação constitucional não admite o revolvimento probatório.

Dessa forma, mantenho a r. decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, voto no sentido negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 845.162 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0282011-8

Número de Origem:
15001557020228260611

Sessão Virtual de 09/04/2024 a 15/04/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RENAN BORTOLETTO E OUTRO
ADVOGADOS : RENAN BORTOLETTO - SP314534
PEDRO HENRIQUE MORAES PEREIRA DA SILVA - SP455137
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERTO MORANDIM JUNIOR (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 : ROBERTO MORANDIM JUNIOR (PRESO)
ADVOGADOS : RENAN BORTOLETTO E OUTRO - SP314534
PEDRO HENRIQUE MORAES PEREIRA DA SILVA - SP455137
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 09/04/2024 a 15/04/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 16 de abril de 2024