



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 856800 - MS (2023/0346906-9)

**RELATOR** : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO  
**AGRAVANTE** : CARLOS HENRIQUE DE SOUZA NUNES (PRESO)  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

### EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DESCABIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA DEVIDAMENTE COMPROVADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA ESTREITA VIA DO *MANDAMUS*. REGIME PRISIONAL ADEQUADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. 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 - O Tribunal de origem 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, motivo pelo qual não há como se aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em favor do paciente.

III - Para tanto, destacou as instâncias de origem que *"restou comprovado nos autos que o acusado se dedicou à atividade criminosa, qual seja, o tráfico ilícito de entorpecentes, haja vista não só a elevada quantidade de droga apreendida - 522 kg (quinhentos e vinte e dois quilos) de maconha, como também o modus operandi empregado, uma vez que o apelante se deslocou até a fronteira, utilizando o veículo FIAT/PALIO FIRE, placas DMP-2528, juntamente com uma dolescente, com a finalidade buscar o entorpecente"* (fl. 527). Assim, diante da indicação de que o réu se dedica à atividade criminosa, não se constata a existência de flagrante

constrangimento ilegal que autorize a atuação *ex officio*.

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

V - No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, conforme o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do *quantum* da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

VI - *In casu*, verifico que inexistente flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem de ofício, uma vez que a valoração negativa das circunstâncias judiciais (fl. 531) indicadas no acórdão, justifica a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena pelo paciente.

VII - Mantida a pena superior a 4 anos de reclusão, não há se falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

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 27/02/2024 a 04/03/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 04 de março de 2024.

Ministro Messod Azulay Neto  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 856800 - MS (2023/0346906-9)

**RELATOR** : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO  
**AGRAVANTE** : CARLOS HENRIQUE DE SOUZA NUNES (PRESO)  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

### EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DESCABIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA DEVIDAMENTE COMPROVADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA ESTREITA VIA DO *MANDAMUS*. REGIME PRISIONAL ADEQUADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. 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 - O Tribunal de origem 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, motivo pelo qual não há como se aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em favor do paciente.

III - Para tanto, destacou as instâncias de origem que *"restou comprovado nos autos que o acusado se dedicou à*

*atividade criminosa, qual seja, o tráfico ilícito de entorpecentes, haja vista não só a elevada quantidade de droga apreendida - 522 kg (quinhentos e vinte e dois quilos) de maconha, como também o modus operandi empregado, uma vez que o apelante se deslocou até a fronteira, utilizando o veículo FIAT/PALIO FIRE, placas DMP-2528, juntamente com uma dolescente, com a finalidade buscar o entorpecente"* (fl. 527). Assim, diante da indicação de que o réu se dedica à atividade criminosa, não se constata a existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a atuação *ex officio*.

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

V - No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, conforme o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do *quantum* da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

VI - *In casu*, verifico que inexistente flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem de ofício, uma vez que a valoração negativa das circunstâncias judiciais (fl. 531) indicadas no acórdão, justifica a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena pelo paciente.

VII - Mantida a pena superior a 4 anos de reclusão, não há se falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Agravo regimental desprovido.

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por CARLOS HENRIQUE DE SOUZA NUNES contra decisão que denegou a ordem de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL (fls. 583-586).

Depreende-se dos autos que o agravante foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, por infração ao artigo 33, *caput*, e artigo 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06, nos termos da sentença de

fls. 199-202.

Irresignadas, as partes interpuseram apelação criminal ao Tribunal de Justiça, que deu provimento ao recurso da acusação para anular a sentença de fls. 199-202, declarando prejudicado o recurso da defesa, conforme o acórdão de fls. 314-323.

Com o retorno dos autos ao Juízo da 2ª Vara Criminal de Ponta Porã, foi proferida nova sentença (fls. 405-408), condenando o paciente às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, por infração ao artigo 33, *caput*, e artigo 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06.

Não satisfeitas, as partes interpuseram apelação criminal ao Tribunal de Justiça, que, por maioria de votos, negou provimento ao recurso da defesa e proveu o recurso da acusação, ficando a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 583 dias-multa, consoante o acórdão de fls. 524-533.

No respectivo *writ* impetrado nesta Corte, a defesa apontou constrangimento ilegal pela inaplicabilidade da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em favor do paciente.

Requeru, ao final, a concessão da ordem de modo que seja reconhecida a minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, com a fixação do regime prisional menos gravoso, substituída a pena corporal por penas restritivas de direitos.

O *habeas corpus* foi denegado (fls. 583-586).

No presente agravo, a defesa repisa os argumentos de mérito do *habeas corpus*, declarando a necessidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com a fixação do regime prisional menos gravoso, substituída a pena corporal por penas restritivas de direitos.

Requer a reconsideração do *decisum* agravado ou a submissão da irresignação ao Órgão Colegiado.

Por manter a decisão agravada, submeto o agravo regimental à apreciação da Quinta Turma.

É o relatório.

## VOTO

Inicialmente, consigna-se que se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual conheço do presente agravo regimental.

Segundo relatado, a defesa pleiteia a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com a fixação do regime prisional menos gravoso, substituída a pena corporal por penas restritivas de direitos.

A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

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

Para tanto, destacou as instâncias de origem que *"restou comprovado nos autos que o acusado se dedicou à atividade criminosa, qual seja, o tráfico ilícito de entorpecentes, haja vista não só a elevada quantidade de droga apreendida - 522 kg (quinhentos e vinte e dois quilos) de "maconha" , como também o modus operandi empregado, uma vez que o apelante se deslocou até a fronteira, utilizando o veículo FIAT/PALIO FIRE, placas DMP-2528, juntamente com uma dolescente, com a finalidade buscar o entorpecente"* (fl. 527).

Assim, diante da indicação de que o réu se dedica à atividade criminosa, não se constata a existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a atuação *ex officio*.

A propósito:

*"[...] Na terceira etapa da dosimetria da pena, correto o indeferimento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porquanto constatada a dedicação do réu a atividades criminosas, notadamente em razão das circunstâncias do delito - apreensão de 13 munições de calibre 380, além da quantidade e natureza dos entorpecentes - de modo que o paciente não preenche os requisitos para a diminuição da pena.*

3. Ressalte-se que a utilização da quantidade/natureza da droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) não configura *bis in idem*, uma vez que a benesse preconizada no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastada pela Corte de origem não apenas com esteio na quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, mas também em razão das circunstâncias do delito que demonstraram que o agente se dedicava às atividades criminosas" (AgRg no HC n. 764.180/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 24/3/2023).

Em reforço: AgRg no HC n. 804.305/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 17/3/2023 e AgRg no HC n. 758.030/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 16/3/2023.

De mais a mais, é imperioso enfatizar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedicaria a atividades delituosas e/ou não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

"[...] 1. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

2. Na hipótese, o Tribunal a quo manteve afastado o redutor do tráfico privilegiado, por entender que a quantidade das drogas apreendidas - 768,30 de maconha -, bem como as circunstâncias do delito (investigações policiais referentes ao seu pertencimento a grupo criminoso PGC), não deixam dúvidas de que o agente se dedica à atividade criminosa. Logo, a modificação desse entendimento, a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas, enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes" (AgRg no HC n. 839.925/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 3/11/2023).

No tocante ao regime prisional estabelecido, conforme o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do *quantum* da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma legal.

*In casu*, verifico que inexistente flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem de ofício, uma vez que a valoração negativa das circunstâncias judiciais (fl. 531) indicadas no acórdão, justifica a fixação do regime fechado para o início do cumprimento

da pena pelo paciente.

A propósito:

*"[...] 6. Cotejados a quantidade de droga apreendida e a valoração negativa de circunstância judicial, com fixação da pena-base acima do mínimo legal, deve ser mantido o regime inicial fechado, nos termos dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, c.c. o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*

*7. Fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, vedada a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, a teor do artigo 44, inciso I, do Código Penal" (AgRg no HC n. 765.343/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 4/10/2023).*

No mesmo sentido os seguintes julgados desta Corte Superior: EDcl no AgRg no HC n. 658.192/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), DJe de 1º/7/2022 e AgRg no HC n. 749.016/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/6/2022.

Finalmente, verifica-se que o acusado não atende ao requisito objetivo da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto condenado à pena superior a 4 anos.

Desta feita, observa-se que a parte agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



# SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

## TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

**AgRg no HC 856.800 / MS**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**MATÉRIA CRIMINAL**

Número Registro: 2023/0346906-9

Número de Origem:

000021232020228120800      00010797820228120019      00021232020228120800      10797820228120019  
21232020228120800

Sessão Virtual de 27/02/2024 a 04/03/2024

### **Relator do AgRg**

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

### **Presidente da Sessão**

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

### **Secretário**

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

## **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : CARLOS HENRIQUE DE SOUZA NUNES (PRESO)

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE -  
CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS - TRÁFICO DE  
DROGAS E CONDUTAS AFINS

## **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : CARLOS HENRIQUE DE SOUZA NUNES (PRESO)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

## **TERMO**

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 27/02/2024 a 04/03/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 05 de março de 2024