



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 868370 - MT (2023/0409408-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : THIAGO WITHS GALVAO (PRESO)
ADVOGADO : ALAM DIAS RODRIGUES - MT0263440
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. 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. *BIS IN IDEM*. 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. Hipótese em que a Corte local afastou o redutor com base em elementos concretos e idôneos extraídos dos autos, os quais indicam que o agravante se dedicava a atividades criminosas. Afinal, a Corte local afastou o redutor com base em elementos concretos e idôneos extraídos dos autos, os quais indicam que o agravante se dedicava a atividades criminosas. Além da exorbitante quantidade e natureza especialmente deletéria das drogas apreendidas – 67,18kg de cocaína – e da existência de condenação não definitiva em desfavor do paciente pela anterior prática do crime de tráfico de drogas, o Tribunal *a quo* pontuou que as circunstâncias do delito denotam habitualidade na traficância, posto que o paciente utilizava veículo preparado com compartimento oculto para transportar entorpecentes, a denotar habitualidade na traficância. Precedentes.

3. Não ocorre *bis in idem* quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão das circunstâncias do crime e da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 motivado pela dedicação do agente a atividades criminosas, evidenciada pelo *modus operandi* e pela expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos. Precedentes.

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

Brasília, 12 de março de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 868370 - MT (2023/0409408-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : THIAGO WITHS GALVAO (PRESO)
ADVOGADO : ALAM DIAS RODRIGUES - MT0263440
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. 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. *BIS IN IDEM*. 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. Hipótese em que a Corte local afastou o redutor com base em elementos concretos e idôneos extraídos dos autos, os quais indicam que o agravante se dedicava a atividades criminosas. Afinal, a Corte local afastou o redutor com base em elementos concretos e idôneos extraídos dos autos, os quais indicam que o agravante se dedicava a atividades criminosas. Além da exorbitante quantidade e natureza especialmente deletéria das drogas apreendidas – 67,18kg de cocaína – e da existência de condenação não definitiva em desfavor do paciente pela anterior prática do crime de tráfico de drogas, o Tribunal *a quo* pontuou que as circunstâncias do delito denotam habitualidade na traficância, posto que o paciente utilizava veículo preparado com compartimento oculto para transportar entorpecentes, a denotar habitualidade na traficância. Precedentes.

3. Não ocorre *bis in idem* quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão das circunstâncias do crime e da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 motivado pela dedicação do agente a atividades criminosas, evidenciada pelo *modus operandi* e pela expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por THIAGO WITHS GALVÃO contra decisão monocrática que não conheceu do *writ*.

Em suas razões (e-STJ fls. 999/1.008), a defesa do agravante repisa parte dos argumentos constantes da petição inicial e argumenta que, *ao obstar a causa redutora de pena prevista no § 4º, da Lei de Drogas sob a justificativa da natureza e quantidade exacerbada de droga apreendida, bem como pela utilização de compartimento oculto, o D. Ministro Relator, violou o princípio do no bis in idem, eis que buscou derrogar o erro constante da sentença e acórdão, a saber, a utilização de dos referidos vetores em mais de uma fase da dosimetria, tanto para exasperar a pena-base, quanto para obstar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006* (e-STJ fl. 1.007).

Ao final, pede o provimento do recurso para que a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada.

É o relatório.

VOTO

O recurso não merece prosperar.

Afinal, o agravante não traz argumentos capazes de infirmar os fundamentos constantes da decisão agravada, proferida em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos seguintes (e-STJ fls. 987/994):

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de THIAGO WITHS GALVÃO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (Revisão Criminal n. 1014121-33.2023.8.11.0000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 750 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 62/76).

Irresignadas, as partes interpuseram apelações, sendo desprovido o recurso da defesa e parcialmente provido o ministerial para exasperar a pena-base em maior extensão, razão pela qual as penas definitivas do paciente foram redimensionadas para 9 anos de reclusão e 900 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (e-STJ fls. 31/60).

Após o trânsito em julgado, a defesa ajuizou revisão criminal no Tribunal a quo, a qual foi julgada parcialmente procedente para afastar a reincidência do paciente, motivo pelo qual as suas penas foram redimensionadas para 7 anos e 6 meses de reclusão e 750 dias-multa, mantido o regime inicial fechado (e-STJ fls. 17/28). Segue a ementa do acórdão:

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. 1. PENA-BASE. REDUÇÃO. INADMISSIBILIDADE DA REVISIONAL NESSE PONTO. TEMA APRECIADO EM RECURSO DE APELAÇÃO. REVOLVIMENTO DA MATÉRIA. VEDAÇÃO. 2. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. AFASTAMENTO. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO ANTERIOR PENDENTE DE TRÂNSITO EM JULGADO. 3. CAUSA REDUTORA DO PRIVILÉGIO. INAPLICABILIDADE. APREENSÃO DE 67,180kg DE COCAÍNA. CONDENAÇÃO PROVISÓRIA ANTERIOR. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. NEGATIVA DO BENEFÍCIO IDÔNEA. REVISIONAL ADMITIDA EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, EM SINTONIA COM O PARECER.

1. A insistência na arguição de tese já enfrentada em recurso de apelação, no caso, a redução da pena-base, evidencia o intuito de provocar um segundo exame da matéria, desiderato incompatível com a natureza excepcionalíssima da revisão criminal.

2. Evidenciado, a partir de prova documental idônea encartada nos autos, que a sentença condenatória então utilizada para agravar a pena provisória ainda pende de trânsito em julgado, deve ser afastada a aplicação da agravante de reincidência (art. 61, inc. I, do CP).

3.1. A aplicação do benefício tratado no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas demanda o preenchimento concomitante das seguintes condições: primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e tampouco integrar organizações criminosas.

3.2. A existência de inquéritos policiais ou ações penais em curso não serve, isoladamente, para afastar a forma privilegiada do crime de Tráfico de Entorpecente, salvo quando acompanhada de outros indicativos de dedicação a atividades criminosas.

3.3. Na hipótese dos autos, a relevante quantidade de drogas apreendidas (67,180kg de cocaína) e a existência de condenação criminal anterior, ainda que provisória, por crime idêntico, delineiam contexto fático de dedicação a atividades criminosas e obstam a aplicação da causa redutora do privilégio (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

No presente mandamus (e-STJ fls. 3/15), o impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois, embora a Corte local tenha afastado a sua reincidência, não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Aduz que a existência de prévia condenação não definitiva ou a quantidade das drogas apreendidas não são critérios idôneos e suficientes para impedir a aplicação da referida causa de diminuição.

Além disso, assevera que a manutenção do regime inicial fechado não possui lastro em fundamentação idônea, tendo em vista que a única motivação para o recrudescimento, que era a reincidência, foi afastada em sede revisional.

Ao final, formula pedido liminar para que a execução da pena do paciente seja suspensa até o julgamento definitivo deste writ e, no mérito, pede a concessão da ordem para que o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 seja aplicado, além do abrandamento do regime inicial.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 941/943).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 951/965 e 966/971.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 975/984, opinou pelo não conhecimento do writ ou, se conhecido, pela denegação da ordem, conforme a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MINORANTE AFASTADA COM BASE EM

ELEMENTOS IDÔNEOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. O “Habeas Corpus” não é instrumento adequado a servir de sucedâneo de recurso, consoante jurisprudência dessa Colenda Corte Superior de Justiça, seguindo a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional.

2. Na espécie, o Tribunal de Justiça, respeitando os critérios legais e, ainda, observando os pormenores da situação concreta, entendeu, deduzindo fundamentação idônea, que existiam nos autos provas bastantes a evidenciar a dedicação do Paciente a atividades criminosas. A minorante foi afastada não só pela elevada quantidade e natureza do entorpecente apreendido, mas também pelo contexto circunstancial analisado pelo desembargadores, com apoio no suporte fático-probatório dos autos, que, no caso, mostrou-se apto a demonstrar a dedicação do agravante ao crime, de modo a impedir a concessão da causa redutora legal pleiteada.

3. Nesse contexto, para que fosse possível o acolhimento da pretensão recursal, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, tarefa para a qual não se presta o habeas corpus.

4. Da leitura do Acórdão impugnado, verifica-se que não houve debate pelo eg. Tribunal a quo sobre a alteração do regime inicial de cumprimento de pena. Além disso, a Defesa não opôs embargos de declaração para ver sanada a omissão sucedida. Assim, não tendo a questão sido analisada pela Corte de Origem, não cabe a esse Tribunal Superior examinar o tema, sob pena de indevida supressão de instância.

PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS E, CASO CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do habeas corpus e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113.890/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014; e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se, em síntese, a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e o abrandamento do regime prisional.

Como é cediço, 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.

No caso, embora o Tribunal a quo tenha afastado a reincidência do paciente, refutou a aplicação do redutor com base na seguinte motivação (e-STJ fls. 23/27):

Por outro lado, o afastamento dessa circunstância não autoriza o reconhecimento da forma privilegiada do crime.

Após tomar a natureza, a quantidade de droga e as circunstâncias do crime como desfavoráveis, o colegiado fixou a pena-base em 9 anos de reclusão e 900 dias-multa, quantitativo que foi mantido nas etapas seguintes, consoante fundamentação abaixo transcrita:

“Pelas razões alhures expostas, o acréscimo decorrente da natureza e da quantidade de drogas (67,180 kg (sessenta e sete quilogramas e cento e oitenta gramas) de cocaína), utilizado a título de culpabilidade, deve ser ajustado para 3 (três) anos. Além disso, permanece desfavorável ao réu a vetorial das circunstâncias do crime, que computo em 1 (um) ano, tal como definido na sentença. Assim, fixo a pena-base de 9 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa. Na fase intermediária, mantenho a compensação integral da reincidência (CP, art. 61, I) com a confissão (CP, art. 65, III, d). Não há causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas. Nos demais pontos, a sentença permanece íntegra” (ID 172448650).

Premissas em mesa, cumpre lembrar que a aplicação do benefício tratado no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas demanda o preenchimento concomitante das seguintes condições: primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e tampouco integrar organizações criminosas.

Ademais, não se ignora que, após muita oscilação da jurisprudência sobre a matéria, em 5.4.2022 consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que “é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06” (Tema 1.139), salvo, contudo, existentes outros indicativos de dedicação a atividades criminosas ou integração de organizações criminosas.

No caso em voga, a apreensão de quantidade relevante de drogas (67,180kg de cocaína) e a notícia de que o revisionando já ostentava uma condenação provisória à época da apreensão do material ilícito, inclusive por crime idêntico ao narrado nestes autos, são, em linha oposta àquela defendida na inicial, fundamentos mais do que legítimos para evidenciar a dedicação a atividades criminosas e justificar a negativa do privilégio.

A propósito, vale conferir como esta Corte de Justiça decidiu em casos análogos: [...]

O volume da droga, as circunstâncias da apreensão e o modus operandi do delito, consistente na utilização de veículo com compartimento prévia e cuidadosamente preparado para armazenar a substância tóxica, denotam a natureza forte e duradoura da ligação do revisionando com o narcotráfico.

Aliás, importa salientar que, mesmo quando utilizada para incrementar a pena-base, como ocorre na espécie, é perfeitamente possível que a natureza e a quantidade de droga, em conjunto com outros elementos, sejam também consideradas para negar a benesse do art. 33, §4º, da Lei nº. 11.343/2006, sem que isso configure bis in idem.

Em reforço, seguem ementas de recentes julgados da Corte Cidadã: [...]

E nem ouse se cogitar eventual violação ao princípio ne reformatio in pejus, pois é plenamente possível que, em recurso exclusivo da defesa

ou até mesmo em revisão criminal, o Tribunal de Justiça complemente a fundamentação do título judicial atacado, desde que observados os limites da reprimenda estabelecida na origem, como é o caso dos autos. Ilustrando o raciocínio, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça: [...] Em tempo, se a intenção do legislador, ao prever a figura do tráfico privilegiado, é justamente distinguir o “marinheiro de primeira viagem” do sujeito vezeiro em crimes, soaria ilógico conceder o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas a quem, a exemplo do revisionando, reitera na prática delitiva.

Portanto, como o contexto fático delineado nos autos revela a dedicação do revisionando a atividades criminosas, circunstância que nem de longe condiz com o traficante ocasional a que alude o legislador no art. 33, § 4º, afigura-se escorreita a negativa da causa redutora de pena em foco.

Dessa forma, extrai-se que a Corte local formou o seu convencimento a partir do acervo fático-probatório, a denotar que o tráfico operado não se dava de forma eventual, mas, sim, com habitualidade, ou seja, que o paciente se dedicava a atividades criminosas.

Com efeito, além da expressiva quantidade e natureza especialmente deletéria das drogas apreendidas – 67,18kg de cocaína – e da existência de condenação não definitiva em desfavor do paciente pela anterior prática do crime de tráfico de drogas, o Tribunal a quo pontuou que as circunstâncias do delito denotam habitualidade na traficância, posto que o paciente utilizava veículo previamente preparado para ocultar entorpecentes.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PARADIGMAS PROFERIDOS EM HABEAS CORPUS. INVIABILIDADE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. De acordo com o § 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 integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julga do em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

4. Os fundamentos utilizados pela Corte de origem para não aplicar o referido redutor ao caso concreto estão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, na medida em que dizem respeito à dedicação do recorrente à atividade criminosa (tráfico de drogas) evidenciada sobretudo nas circunstâncias do cometimento do delito - o transporte de 4,1 kg de cocaína e 2,1 kg de pasta-base de cocaína, em veículo previamente preparado para ocultar a droga, tudo a indicar que não se trataria de traficante eventual.

5. Desse modo, para modificar o entendimento adotado nas instâncias

inferiores de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível, a teor da Súmula 7 do STJ.

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.435.505/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 15/2/2024.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

II - A atual jurisprudência desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que o vetor natureza e quantidade das drogas, embora deva ser considerado na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, pode ser utilizado de forma supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, quando conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou integração à organização criminosa.

III - No presente caso, houve fundamentação concreta, idônea e suficiente para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada, não somente na quantidade de drogas apreendidas (138,06kg de cocaína), mas também nas circunstâncias concretas da prisão do paciente e da apreensão das drogas.

IV - Restou devidamente demonstrada a complexidade e o profissionalismo do preparo do delito, com transporte dos entorpecentes para outro estado, utilizando-se de veículo automotor devidamente preparado para tanto, com ocultamento das drogas em compartimento secreto (carroceria aparentemente vazia, com os entorpecentes acessíveis apenas mediante retirada de chapa no interior da cabine, configurando fundo falso), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram a dedicação à atividade criminosa, em evidente patrocínio por organização criminosa. Precedentes.

V - Para que a tese da defesa fosse acolhida, seria necessário amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 849.414/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 14/12/2023.)

Portanto, na espécie, inexistente ilegalidade na negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Por fim, embora a Corte local tenha afastado a reincidência do paciente, manteve o exame negativo das circunstâncias judiciais no julgamento da revisão criminal, motivo pelo qual não há falar em ilegalidade na manutenção do regime inicial fechado estabelecido na sentença, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A

ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. O regime fechado a apenado com pena inferior a 8 (oito) anos está devidamente fundamentado na existência de uma circunstância judicial negativa.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC n. 721.659/SP, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 17/6/2022).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. REGISTRO DE ATO INFRACIONAL E CONTEXTO DE TRAFICÂNCIA HABITUAL. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

3. Embora o agravante seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 anos e 10 meses, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial (quantidade de entorpecentes apreendidos, qual seja, 4.859,65g de cocaína e 13.097,03g de maconha), nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC n. 735.580/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 14/6/2022).

Em consequência, as pretensões formuladas pela impetrante encontram óbice na firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, revelando-se manifestamente improcedentes.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, não conheço do habeas corpus.

Intimem-se.

Com efeito, 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.

E, na espécie, a Corte local afastou o redutor com base em elementos concretos e idôneos extraídos dos autos, os quais indicam que o agravante se dedicava a atividades criminosas. Afinal, além da exorbitante quantidade e natureza especialmente deletéria das drogas apreendidas – 67,18kg de cocaína – e da existência de condenação não definitiva em desfavor do paciente pela anterior prática do crime de tráfico de drogas, o Tribunal *a quo* pontuou que as circunstâncias do delito denotam habitualidade na traficância, posto que o paciente utilizava veículo preparado com compartimento oculto para transportar entorpecentes, a denotar habitualidade na traficância.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO

ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PARADIGMAS PROFERIDOS EM HABEAS CORPUS. INVIABILIDADE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. De acordo com o § 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 integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julga do em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

4. Os fundamentos utilizados pela Corte de origem para não aplicar o referido redutor ao caso concreto estão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, na medida em que dizem respeito à dedicação do recorrente à atividade criminosa (tráfico de drogas) evidenciada sobretudo nas circunstâncias do cometimento do delito - o transporte de 4,1 kg de cocaína e 2,1 kg de pasta-base de cocaína, em veículo previamente preparado para ocultar a droga, tudo a indicar que não se trataria de traficante eventual.

5. Desse modo, para modificar o entendimento adotado nas instâncias inferiores de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível, a teor da Súmula 7 do STJ.

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.435.505/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 15/2/2024.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

II - A atual jurisprudência desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que o vetor natureza e quantidade das drogas, embora deva ser considerado na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, pode ser utilizado de forma supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, quando conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou integração à organização criminosa.

III - No presente caso, houve fundamentação concreta, idônea e suficiente para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada, não somente na quantidade de drogas apreendidas (138,06kg de cocaína), mas também nas circunstâncias concretas da prisão do paciente e da apreensão das drogas.

IV - Restou devidamente demonstrada a complexidade e o profissionalismo do preparo do delito, com transporte dos entorpecentes para outro estado, utilizando-se de veículo automotor devidamente preparado para tanto, com ocultamento das drogas em compartimento secreto (carroceria aparentemente vazia, com os entorpecentes acessíveis apenas mediante retirada de chapa no interior da cabine, configurando fundo falso), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram a dedicação à atividade criminosa, em evidente patrocínio por organização criminosa. Precedentes.

V - Para que a tese da defesa fosse acolhida, seria necessário amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 849.414/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 14/12/2023.)

Ademais, não ocorre *bis in idem* quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão das circunstâncias do delito e da quantidade das drogas apreendidas e, de outra parte, afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 motivado pela dedicação do agente a atividades criminosas, evidenciada pelas circunstâncias da apreensão, dentre elas a expressiva quantidade das drogas e a utilização de veículo previamente preparado e com compartimento oculto para o transporte de entorpecentes.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º DA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO V, DA LEI N. 11.343/2006. INTERESTADUALIDADE RECONHECIDA. INVIABILIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No caso, o Tribunal local não afastou a minorante com base exclusivamente na quantidade de droga apreendida, mas analisou esse elemento em conjunto com outras circunstâncias relevantes do caso concreto, alcançando a conclusão de que o Paciente se dedicava a atividades criminosas.

2. Com efeito, reafirmo que a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que não há bis in idem quando a natureza e a quantidade da droga são utilizadas como elemento desfavorável na primeira fase da dosimetria e, posteriormente, na terceira fase, afasta-se a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do acusado a atividades ou organizações criminosas, evidenciada pelas demais circunstâncias do delito. Hipótese em que não há ofensa às premissas fixadas pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento, em 09/06/2021, do REsp 1.887.511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (DJe 01/07/2021).

[...]

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 668.152/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 3/8/2021, DJe 18/8/2021.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO MOTIVADA PELA EXPRESSIVA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM DEDICAÇÃO HABITUAL À TRAFICÂNCIA: QUANTIDADE DE ENTORPECENTES E REGISTRO DE ATOS INFRACIONAIS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E QUE NÃO EXCEDE 8 ANOS DE RECLUSÃO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS SOPESADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não ocorre bis in idem quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do agente a atividades criminosas, evidenciada pelas circunstâncias que envolveram a prática delitiva, com destaque para a quantidade expressiva de entorpecentes apreendidos.

2. Hipótese em que a quantidade da droga apreendida, apesar de embasar a exasperação da pena-base, não foi utilizada para definir o patamar da fração redutora, mas, sim, como um dos elementos de convicção para concluir que o paciente traficava com habitualidade e, conseqüentemente, não preenche um dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, qual seja, não se dedicar a atividades criminosas.

[...]

7. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 613.783/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 6/10/2020, DJe 15/10/2020.)

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0409408-3

**AgRg no
HC 868.370 / MT
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 0007070122022 10010351120228110006 10058255620228110000
10141213320238110000 210420221473 7070122022

EM MESA

JULGADO: 12/03/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALAM DIAS RODRIGUES
ADVOGADO : ALAM DIAS RODRIGUES - MT0263440
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : THIAGO WITHS GALVAO (PRESO)
INTERES. : MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

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 : THIAGO WITHS GALVAO (PRESO)
ADVOGADO : ALAM DIAS RODRIGUES - MT0263440
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO

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