



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS N° 893408 - SP (2024/0059415-2)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
AGRAVANTE : MATEUS VINICIUS DE FREITAS DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : GUSTAVO ROBERTO DE CAMARGO - SP431515
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. *MODUS OPERANDI*. CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS. INÚMEROS REGISTROS DE ATOS INFRACIONAIS. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA FIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MODIFICAÇÃO A RECLAMAR REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA INSUFICIENTE PARA CONDUZIR O RESGATE PARA O MODO FECHADO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

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 minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. 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 da paciente. Para tanto, destacou o Tribunal de origem, o *modus operandi* do crime consignando que, *"embora envolvimento anterior com o tráfico (fls. 28/33), o acusado é tecnicamente primário, porém ficou demonstrado através do conjunto probatório que as atividades exercidas pelo apelante não eram as de um traficante ocasional e solitário; pelo contrário, a ele foi confiada venda de carga de entorpecentes, o que demonstra não ser um novato na atividade criminosa, mas sim sua habitualidade e dedicação à narcotraficância, se utilizando dela como meio de vida, não reunindo mérito para o benefício."* Ademais, a sentença condenatória asseverou que “o réu

ostenta inúmeras passagens pela vara da infância e juventude pela prática de atos infracionais, o que também evidencia que é voltado à prática de ilícitos, o que leva ao afastamento do privilégio” (fl. 55). Portanto, a manifestação de piso se encontra na esteira do entendimento exarado no bojo do EREsp n. 1.916.596/SP, julgado pela Terceira Seção em 8/9/2021, orientação que permite a utilização de atos infracionais pretéritos para afastar a referida causa de diminuição de pena.

III – Nesse contexto, 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*.

IV – *In casu*, a pena-mínima fora fixada no mínimo penal. Além disso, embora sejam elementos preponderantes na fixação do modo inicial de resgate de pena – art. 42 da Lei n. 11.343/2006 -, a quantidade e a natureza da droga - 2,12 g de cocaína- não se mostram, na hipótese em análise, suficientes para conduzir o resgate da reprimenda no modo inicial fechado. Anoto que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base na gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do *quantum* de pena aplicado. Desta feita, deve ser estipulado ao paciente o modo inicial semiaberto.

Agravo regimental parcialmente provido, a fim de fixar o modo inicial semiaberto ao paciente.

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, dar parcial 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, 15 de abril de 2024.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 893408 - SP (2024/0059415-2)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
AGRAVANTE : MATEUS VINICIUS DE FREITAS DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : GUSTAVO ROBERTO DE CAMARGO - SP431515
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. *MODUS OPERANDI*. CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS. INÚMEROS REGISTROS DE ATOS INFRACIONAIS. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA FIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MODIFICAÇÃO A RECLAMAR REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA INSUFICIENTE PARA CONDUZIR O RESGATE PARA O MODO FECHADO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

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 minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. 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 da paciente. Para tanto, destacou o Tribunal de origem, o *modus operandi* do crime consignando que, *"embora envolvimento anterior com o tráfico (fls. 28/33), o acusado é tecnicamente primário, porém ficou demonstrado através do conjunto probatório que as atividades exercidas pelo apelante não eram as de um traficante ocasional e solitário; pelo contrário, a ele foi confiada venda de carga de entorpecentes, o que demonstra não ser um novato na atividade criminosa, mas sim sua habitualidade e dedicação à narcotraficância, se utilizando dela como meio de vida, não reunindo mérito para o benefício."* Ademais, a sentença condenatória asseverou que *"o réu ostenta inúmeras passagens pela vara da infância e juventude pela prática de atos infracionais, o que também evidencia que é voltado à prática de ilícitos, o que leva ao afastamento do privilégio"* (fl. 55). Portanto, a manifestação de piso se encontra na esteira do entendimento exarado no bojo do EREsp n. 1.916.596/SP, julgado pela Terceira Seção em 8/9/2021, orientação que permite a utilização de atos infracionais pretéritos para afastar a referida causa de diminuição de pena.

III – Nesse contexto, 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*.

IV – *In casu*, a pena-mínima fora fixada no mínimo penal. Além disso, embora sejam elementos preponderantes na fixação do modo inicial de resgate de pena – art. 42 da Lei n. 11.343/2006 -, a quantidade e a natureza da droga - 2,12 g de cocaína- não se mostram, na hipótese em análise, suficientes para conduzir o resgate da reprimenda no modo inicial fechado. Anoto que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base na gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do *quantum* de pena aplicado. Desta feita, deve ser estipulado ao paciente o modo inicial semiaberto.

Agravo regimental parcialmente provido, a fim de fixar o modo inicial semiaberto ao paciente.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por MATEUS VINICIUS DE FREITAS DOS SANTOS contra a decisão de fls. 75-81, que denegou a ordem de *habeas corpus*.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela 1ª Vara Criminal da Comarca de Itapetinga, às penas de 05 anos de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 500 dias-multa, por infração ao artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, nos termos da sentença de fls. 48-58.

Não satisfeito, o paciente interpôs apelação criminal ao Tribunal de Justiça, que negou provimento ao recurso, conforme o acórdão de fls. 58-60.

Ainda irresignada, a defesa impetrou o presente *writ*, no qual alegou, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, pois o paciente faz jus à aplicação do tráfico privilegiado.

Sustenta inexistir elementos idôneos a justificar o afastamento da benesse pleiteada.

Defende a fixação de regime inicial mais brando.

Em síntese, a defesa buscou na impetração a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, com consequente redimensionamento do regime prisional.

Em decisão monocrática (fls. 75-81), a ordem foi denegada.

À fl. 86, o Ministério Público Federal tomou ciência da referida decisão.

Nas razões do presente inconformismo (fls. 87-92), a parte agravante alega que a quantidade de droga apreendida não demonstra ser o paciente integrante de organização criminosa.

Em suma, repisa os argumentos lançados na exordial.

Requer a reconsideração do *decisum* agravado.

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

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo regimental.

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.

Cumpre registrar, inicialmente, que 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.

No que concerne a possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, verifico não assistir razão ao paciente.

In casu, 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 da paciente.

Para tanto, destacou o Tribunal de origem, o *modus operandi* do crime consignando que, *"embora envolvimento anterior com o tráfico (fls. 28/33), o acusado é tecnicamente primário, porém ficou demonstrado através do conjunto probatório que as atividades exercidas pelo apelante não eram as de um traficante ocasional e solitário; pelo contrário, a ele foi confiada venda de carga de entorpecentes, o que demonstra não ser um novato na atividade criminosa, mas sim sua habitualidade e dedicação à narcotraficância, se utilizando dela como meio de vida, não reunindo mérito para o benefício."* (fl. 66).

Ademais, a sentença condenatória asseverou que *"o réu ostenta inúmeras passagens pela vara da infância e juventude pela prática de atos infracionais, o que também evidencia que é voltado à prática de ilícitos, o que leva ao afastamento do privilégio"* (fl. 55). Portanto, a manifestação de piso se encontra na esteira do entendimento exarado no bojo do EREsp n. 1.916.596/SP, julgado pela Terceira Seção em 8/9/2021, orientação que permite a utilização de atos infracionais pretéritos para afastar a referida causa de diminuição de pena.

Assim, diante da indicação de que a réu se dedica à atividade criminosa, não se constata a existência de flagrante constrangimento ilegal.

A propósito:

“[...]

2. 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, no caso, a apreensão concomitante de munição de grosso calibre.

[...]” (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 a 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*.

Nesse sentido:

“[...]

1. No caso, a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada com a justificativa de que o Agravante se dedicava a atividades criminosas não somente pela quantidade da droga apreendida, mas também em razão das circunstâncias da prática delitiva.

2. Não é possível desconstituir a conclusão da Jurisdição ordinária sobre a dedicação do Agravante à atividade criminosa e, por conseguinte, reconhecer a causa de redução de pena prevista no art.

33, § 4.º, da Lei de Drogas, notadamente por ser vedado, na presente via, revolver o contexto fático-probatório dos autos.

[...]” (AgRg no HC n. 781.463/SP, Sexta Turma, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, DJe de 21/8/2023).

Nessa linha: AgRg no AREsp n. 2.335.477/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 21/8/2023; AgRg no AREsp n. 2.323.130/SE, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 15/8/2023; e AgRg no HC n. 812.768/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 22/6/2023.

Em relação ao pedido de abrandamento de regime, melhor sorte assiste à defesa. De fato, a pena-mínima fora fixada no mínimo penal. Além disso, embora sejam elementos preponderantes na fixação do modo inicial de resgate de pena – art. 42 da Lei n. 11.343/2006 -, a quantidade e a natureza da droga - 2,12 g de cocaína- não se mostram, na hipótese em análise, suficientes para conduzir o resgate da reprimenda no modo inicial fechado.

Anoto que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base na gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado.

Ademais, a gravidade abstrata do delito não é fundamento idôneo para a imposição de regime inicial mais gravoso. Súmulas nºs 718 e 719, STF e 440, STJ.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao agravo regimental, a fim de fixar o modo inicial semiaberto ao paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 893.408 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2024/0059415-2

Número de Origem:

15013675220228260571 22760162022 22811072022 314812022

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

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 : GUSTAVO ROBERTO DE CAMARGO

ADVOGADO : GUSTAVO ROBERTO DE CAMARGO - SP431515

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MATEUS VINICIUS DE FREITAS DOS SANTOS (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 : MATEUS VINICIUS DE FREITAS DOS SANTOS (PRESO)

ADVOGADO : GUSTAVO ROBERTO DE CAMARGO - SP431515

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 dar parcial 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, 16 de abril de 2024