



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 898901 - SP (2024/0091540-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : TAINA BATISTA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME FECHADO. ADEQUADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça restringe a admissibilidade do *habeas corpus* quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via própria.

2. A negativa de aplicação do redutor do tráfico privilegiado foi fundamentada não apenas na enorme quantidade de drogas localizadas na residência da petionária – 730 papérolas de cocaína, pesando cerca de 636g; 1450 “ependorfs” de cocaína, pesando cerca de 1088g; 2 porções de haxixe, pesando cerca de 152g; 1 porção de cocaína, pesando cerca de 48g; e 1 tijolo de maconha, pesando cerca de 382g –, mas, também na apreensão no imóvel de caderno contendo anotações do comércio espúrio dos entorpecentes, balanças de precisão, um rolo plástico para embalagem, facas e uma centena de embalagens vazias, circunstâncias incompatíveis com a do traficante esporádico, a evidenciar a dedicação do agravante a atividades criminosas.

3. Constatada pelas instâncias ordinárias a ausência dos requisitos para a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, a modificação desse entendimento exigiria, no caso, aprofundado reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível na via do *habeas corpus*.

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

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 11 de junho de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 898901 - SP (2024/0091540-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : TAINA BATISTA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME FECHADO. ADEQUADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça restringe a admissibilidade do *habeas corpus* quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via própria.

2. A negativa de aplicação do redutor do tráfico privilegiado foi fundamentada não apenas na enorme quantidade de drogas localizadas na residência da petionária – 730 papérolas de cocaína, pesando cerca de 636g; 1450 “ependorfs” de cocaína, pesando cerca de 1088g; 2 porções de haxixe, pesando cerca de 152g; 1 porção de cocaína, pesando cerca de 48g; e 1 tijolo de maconha, pesando cerca de 382g –, mas, também na apreensão no imóvel de caderno contendo anotações do comércio espúrio dos entorpecentes, balanças de precisão, um rolo plástico para embalagem, facas e uma centena de embalagens vazias, circunstâncias incompatíveis com a do traficante esporádico, a evidenciar a dedicação do agravante a atividades criminosas.

3. Constatada pelas instâncias ordinárias a ausência dos requisitos para a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, a modificação desse entendimento exigiria, no caso, aprofundado reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível na via do *habeas corpus*.

4. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto em parte o relatório de fls. 57-58) (e-STJ):

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar, impetrado em favor de TAINA BATISTA DA SILVA, em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Autos nº 2347983-82.2023.8.26.0000).

A paciente foi condenada pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 à pena de 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, regime inicialmente fechado, além do pagamento de 520 dias-multa. Imputou-se a seguinte conduta (e-STJ fl. 28): "TAINÁ BATISTA DA SILVA, qualificada nos autos, foi denunciada como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, porque, no dia 19 de abril de 2023, às 10 horas, na Rua da Graça, nº 401, Jardim Imperial, nesta cidade e Comarca, teria mantido em depósito, para fins de entrega a terceiros, drogas, consistentes em 730 (setecentos e trinta) papелotes de cocaína, 1.450 (mil quatrocentos e cinquenta) eppendorfs de cocaína, 02 (duas) porções de haxixe, 01 (uma) porção em pó de cocaína, 01 (um) tijolo de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (p. 132/134)."

A revisão criminal apresentada pela defesa foi denegado por meio de acórdão assim ementado (e-STJ fl. 43):

"Revisão criminal. Decisão monocrática do relator. Condenação definitiva por tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06). Apenamento criterioso feito na origem. Inaplicabilidade do art. 33, § 4º. Regime inicial fecha do único possível. Inviabilidade de substituição da corporal por penas alternativas. Ausência de fundamentos para a propositura da ação (art. 621, do Código de Processo Penal). Impossibilidade absolutado exame do pedido, por aqui. Revisão Criminal indeferida, liminarmente, nos termos do art. 168, §3º, do RITJ."

A defesa alega, em síntese: a) "A decisão da C. Câmara impõe evidente limitação à liberdade de locomoção da paciente, uma vez contrária ao entendimento pacífico dos Tribunais Superiores." (e-STJ fls. 4); b) "a "quantidade da droga", no caso em questão, é argumento absolutamente inidôneo para afastar a aplicação do redutor. A quantidade de droga apreendida não parece ser algo que fuja dos padrões de normalidade em casos de suposta traficância. (...) Em que pese a sentença ter destacado a quantidade e natureza das drogas apreendida sem poder do autora, isso é uma circunstância desfavorável, que pode influenciar no quantum da redução, utilizando-se os critérios do art. 42 da Lei de Tóxicos como parâmetro, não podendo, porém, impedir sua aplicação." (e-STJ fls. 5-6); c) "Assim, a utilização da natureza e quantidade da droga apreendida como circunstância judicial desfavorável quando da aplicação do redutor, implica em inadmissível "bis in idem". (e-STJ fl. 7); d) "expressão não se dedique às atividades criminosas implica reiteração da conduta. Consolida-se o entendimento de que a configuração de uma ação reiterada supõe a prática de pelo menos três condutas." (e-STJ fls. 8); e) "Aplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, ante as circunstâncias judiciais favoráveis, a situação dos autos autoriza a paciente a cumprir a pena em regime aberto, nos termos do

artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal." (e-STJ fls. 9); f) "Aplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da referida Lei, mesmo que não seja em seu patamar máximo, a pena final restará abaixo de 4 (quatro) anos, o que permite seja a pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos, haja visto que o paciente é primário e não foi comprovada qualquer utilização de violência ou grave ameaça para a prática do delito" (e-STJ fls. 9); e g) "Subsidiariamente, em caso de não aplicação do redutor, é de rigor a alteração do regime inicial do cumprimento de pena." (e-STJ fls. 10)

Consta dos autos que a paciente está presa.

Requer, liminar "estando presentes o fumus boni juris e o periculum in mora, requer-se a concessão da liminar para a paciente aguardar em regime aberto ou semiaberto o julgamento da presente ação constitucional" (e-STJ fls. 17) e definitivamente, o deferimento da ordem para "aplicar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como fixar o regime aberto para o desconto da reprimenda; b) Não acolhidos os pedidos anteriores, requer-se a concessão da ordem, para fixar o regime inicial semiaberto para início de cumprimento da reprimenda." (e-STJ fls. 17).

A decisão agravada não conheceu do *habeas corpus* por se tratar de substitutivo de revisão criminal e não ter sido evidenciada flagrante ilegalidade (e-STJ fls. 57-64).

A agravante requer a reconsideração da decisão ou o provimento de seu recurso pelo colegiado (e-STJ fls. 69-61).

Certidões de decurso de prazo sem manifestação para o Ministério Público Federal e o Ministério Público estadual às e-STJ fls. 89 e 90, respectivamente.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo e indicou os fundamentos da decisão recorrida, razão pela qual deve ser conhecido.

No entanto, não verifico elementos suficientes para reconsiderar a decisão proferida, cuja conclusão mantenho pelos seus próprios fundamentos (e-STJ fls. 58-64):

De acordo com as informações prestadas pela defesa, em houve o trânsito em julgado da sentença condenatória sem apresentação de recurso (e-STJ fl. 3), razão pela qual o presente writ é substitutivo de revisão criminal e não pode ser conhecido, nos termos da jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. WRIT IMPETRADO CONTRA CONDENÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO DE MÉRITO NESTA CORTE. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TEMAS NÃO DEBATIDOS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TEMAS DEBATIDOS EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE.

1. Não deve ser conhecido o writ que se volta contra sentença condenatória já transitada em julgado, manejado como substitutivo de revisão criminal, em hipótese na qual não houve inauguração da competência desta Corte Superior. Nos termos do art. 105, I, e, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados. Precedentes.

2. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça "é pacífica no sentido de que, ainda que se trate de matéria de ordem pública, é imprescindível o seu prévio debate na instância de origem para que possa ser examinada por este Tribunal Superior (AgRg no HC 530.904/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 24/9/2019, DJe de 10/10/2019) - (AgRg no HC n. 726.326/CE, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 28/3/2022).

[...]

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 842.953/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 8/2/2024 - grifos acrescidos).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. GENITOR. IMPRESCINDIBILIDADE DE CUIDADOS AO FILHO MENOR NÃO DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO.

I - A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso pertinente. Precedentes.

II - O art. 318, inciso VI, do Código de Processo Penal dispõe que o magistrado poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

III - No caso dos autos, conforme consignado pelo Tribunal a quo a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar a imprescindibilidade do ora agravante aos cuidados de seus filhos.

IV - Para desconstruir as conclusões alcançadas na origem seria necessário o revolvimento da matéria fático-probatória do caso em apreço, providência que é vedada em sede de habeas corpus.

Agravo regimental desprovido.

*(AgRg no HC n. 764.589/PR, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 14/2/2024.).
Grifos acrescidos.*

Passo ao exame de ofício.

As controvérsias postas em julgamento são a respeito de como elemento suficiente ou não para negar a aplicação da causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 na negativa de tráfico privilegiado e a legalidade do regime inicial de cumprimento de pena estabelecido.

A sentença a quo assim entendeu (e-STJ fls. 28-31):

"Os policiais civis disseram ter informação de que no local dos fatos, uma mulher de cerca de 25 anos estaria armazenamento entorpecentes. Após investigações, a acusada foi identificada como moradora da residência. Na data dos fatos, em cumprimento a mandado de busca e apreensão no imóvel, as testemunhas foram atendidas pela ré, que de pronto indicou um baú, onde apreendidas 730 porções de cocaína, prontas para comercialização, duas bolas de haxixe, um pote plástico com cocaína a granel e uma balança de precisão. Foram encontradas, também, uma caixa acondicionando um tijolo de maconha, outra balança de precisão, facas e embalagens plásticas. A ré negou a comercialização dos entorpecentes, admitindo que os guardava para terceiros (p. 05/06).

Nesta data, corroboraram os depoimentos prestados na fase policial. As substâncias entorpecentes, embalagens, facas, balança e caderno com anotações típicas da contabilidade do tráfico foram apreendidos no interior de um baú, ao lado da cama da ré. Ela não indicou qualquer nome para quem armazenasse os materiais e drogas. A testemunha Cristianodisse que a acusada confessou informalmente a prática do crime, afirmando que armazenava e fracionava as drogas, recebendo como pagamento a quantia de trezentos reais por semana.

Na fase policial, a acusada disse que se encontrava em sua residência, oportunidade em que foi surpreendida por policiais em cumprimento a mandado de busca e apreensão. Indagada sobre existência de drogas no local, indicou onde guardava os entorpecentes, os quais foram apreendidos. Disse que apenas guardava as substâncias ilícitas, negando as comercializasse. Receberia R\$ 300,00 pelo armazenamento. Nunca teve envolvimento com crime.

Em juízo, confessou que armazenava as substâncias e demais materiais apreendidos fazia uma semana e que receberia como pagamento trezentos reais. Afirmou-se bastante arrependida, mas passava por dificuldades financeiras e, em razão disso, aceitou a oferta.

(...)

Não bastasse a forte prova acusatória, a dinâmica do flagrante com a apreensão de entorpecentes diversos, a forma como dispostas as porções, embaladas individualmente e prontas para a comercialização, além de porções maiores e a granel, a

apreensão de embalagens e balanças de precisão, tudo devidamente periciado, e a confissão da acusada, analisadas em conjunto, reforçam a certeza de que ela mantinha em depósito cocaína, haxixe e maconha para fins de tráfico, sendo de rigor a condenação da ré nos exatos termos da denúncia."

O acórdão da revisão criminal assim entendeu (e-STJ fls. 44-46):

"O apenamento está correto e é impassível de revisão, a esta altura.

Base fixada com adequado acréscimo na fração de 1/4, como bem fundamentou a origem levando em consideração a "... diversidade de substâncias entorpecentes apreendidas, bem como a forma em que apresentadas, parte já fracionada e parte a granel, além dos petrechos apreendidos, a indicar fosse a ré responsável também e diferentemente do por ela afirmado, por fracionar e embalar as drogas, demonstrando culpabilidade exacerbada...", f. 207 (autos originários).

E esta majoração é perfeitamente válida, observando o comando imposto pelo art. 42, da Lei nº 11.343/2006.

Assim, plenamente justificado o aumento adotado pelo d. Juízo de origem, considerando a necessidade de um Juízo de reprovabilidade da conduta proporcional à esta circunstância judicial, que é desfavorável à peticionária.

Após, redução de 1/6 das reprimendas, já que reconhecida a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do Código Penal)."

Da causa de diminuição de pena do §4º

A controvérsia posta julgamento consiste em analisar se os fundamentos utilizados Tribunal de origem são elementos suficientes para negar a aplicação da causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Nos termos do § 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.

No que tange aos requisitos de não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas, a jurisprudência desta Corte determina que o Tribunal de origem deve apontar elementos concretos como fundamentação idônea para afastar o redutor de tráfico privilegiado com base nos mencionados requisitos.

Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO
MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE
APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º
DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE.
DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA DEVIDAMENTE DE**

MONSTRA NÃO SOMENTE PELA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS, MAS PELAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. PRECEDENTES. REVOLVIMEETO FÁTICOPROBATÓRIO INVIÁVEL NA ESTREITA VIA DO WRIT. 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 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.

III - O Tribunal de origem destacou o modus operandi do crime, onde "SIDNEY veio para para Campo Grande -MS, após receber 2 mil reais, trazendo seu filho de 11 anos, para dar uma aparência de naturalidade à viagem. Há uma preparação anterior, com estrutura da organização criminosa: a) o recrutamento do apelado, pessoa de poucos recursos financeiros, que manteve contato com narcotraficantes em dois Estados; b) a aquisição da droga, que foi embalada de forma a ser garantida a identificação ; c) diversas pessoas envolvidas na empreitada criminosa, todas remuneradas. Observe-se ainda a maconha seria entregue e distribuída nos pontos de venda." (e-STJ fl. 96, grifei).

IV - A minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada com a justificativa de que a paciente se dedicava a atividades criminosas não somente pela quantidade e natureza da droga apreendida-226 tijolos de maconha com aproximadamente 199,6Kg- mas também em razão das circunstâncias da prática delitiva (a réu transportava o entorpecente entre Estados da Federação na companhia do seu filho de 11 anos), o que denota a sua dedicação à atividade criminosa.

V - "[a] elevada quantidade de drogas apreendidas, aliada às circunstâncias fáticas do delito, [...] permite aferir o grau de envolvimento do Réu com a criminalidade organizada e/ou a sua dedicação às atividades delituosas e, por consequência, obstar o reconhecimento do tráfico privilegiado" (AgRg no HC n. 661.017/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 14/05/2021, grifei).

VI - 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. Precedentes.

VII - A toda evidência, a decisão agravada, ao confirmar o acórdão impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência desta Corte Superior. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 828.472/MS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 11/3/2024 - grifos acrescidos.)

No caso, o acórdão negou a aplicação da causa de diminuição de pena com a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 45-46 - grifos acrescidos):

"E ao contrário do alegado pela defesa não há como se aplicar aqui a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Isto porque, nada obstante tenha a atual legislação antidrogas (Lei nº 11.343, 23. ago.2006) criado aparente situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), não é o caso de aqui aplicá-la.

Demais disso, e isso é o que importa à vertente concreta, além da enorme quantidade de drogas localizadas na residência da petionária 730 papéotes de cocaína, pesando cerca de 636gramas; 1450 "ependorfs" de cocaína, pesando cerca de 1088gramas; 2 porções de haxixe, pesando cerca de 152 gramas; 1 porção de cocaína, pesando cerca de 48 gramas; e 1 tijolo de maconha, pesando cerca de 382 gramas, f. 15/16 (autos originários), também foram apreendidos no imóvel um caderno contendo anotações do comércio espúrio dos entorpecentes, balanças de precisão, um rolo plástico para embalagem, facas e uma centena de embalagens vazias, f. 13/14 (autos originários), levando a crer que a mesma já vinha desenvolvendo a atividade ilícita há algum tempo.

O que denota habitualidade constante e reiterada, a revelar que a petionária não pode ser tratada igualmente a outros.

Insta consignar que a mera menção à apreensão de entorpecentes não configura "bis in idem", porquanto foi utilizada para embasar, juntamente com as demais circunstâncias mencionadas acima, a dedicação da petionária às atividades criminosas, esta sim, motivadora do afastamento da causa de diminuição de pena."

Extrai-se dos autos que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada com base em elementos concretos e idôneos para indicar a dedicação à atividade criminosa do Paciente, demonstrando o legítimo exercício da discricionariedade, que não ultrapassou os limites da razoabilidade, proporcionalidade e legalidade. Consequentemente, não há se falar em modificação da fixação do regime prisional.

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, vedada na via estreita do habeas corpus.

Verifica-se, portanto, que a fundamentação do acórdão está em consonância com a jurisprudência dessa Corte Superior, não se observando qualquer constrangimento ilegal.

Do regime inicial de cumprimento de pena estabelecido

Quanto ao regime prisional estabelecido, ressalta-se que para a sua

fixação devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, do Código Penal. Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

No caso em tela, existe o fundamento da grande quantidade de drogas apreendidas e de todos os elementos que fundamentaram a habitualidade na atividade ilícita realizada pela paciente.

Assim, considerando a quantidade de pena estabelecida, e a fundamentação concreta levada a efeito pelo Tribunal de origem, o regime fechado mostra-se adequado ao caso, nos termos do artigo 33, § 3º do Código Penal.

Na mesma direção:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O pedido de redução da pena-base não foi analisado pelo Tribunal de Justiça, caracterizada assim a impossibilidade de análise por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

3. As instâncias de origem - dentro do seu livre convencimento motivado - apontaram 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 criminosas, notadamente ao tráfico de drogas.

4. A instância ordinária impôs o modo inicial fechado, com base, justamente, nas peculiaridades do caso analisado, notadamente na elevada quantidade de drogas apreendidas, elemento que, de fato, justifica a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 699.047/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 21/2/2022 - grifos acrescidos.)

Ante o exposto, não conheço a ordem de habeas corpus.

Reforço a impossibilidade de conhecimento do *habeas corpus* substitutivo, bem como que não há na hipótese flagrante ilegalidade apta a justificar

a concessão de ofício da ordem. Nesse aspecto, o acórdão atacado não padece de teratologia, como se vê nos trechos ora destacados e que passam a integrar a presente fundamentação (e-STJ fls. 45-48):

Demais disso, e isso é o que importa à vertente concreta, além da enorme quantidade de drogas localizadas na residência da peticionária 730 papелotes de cocaína, pesando cerca de 636g; 1450 “eppendorfs” de cocaína, pesando cerca de 1088g; 2 porções de haxixe, pesando cerca de 152g; 1 porção de cocaína, pesando cerca de 48g; e 1 tijolo de maconha, pesando cerca de 382g, f. 15/16 (autos originários), também foram apreendidos no imóvel um caderno contendo anotações do comércio espúrio dos entorpecentes, balanças de precisão, um rolo plástico para embalagem, facas e uma centena de embalagens vazias, f. 13/14 (autos originários), levando a crer que a mesma já vinha desenvolvendo a atividade ilícita há algum tempo.

O que denota habitualidade constante e reiterada, a revelar que a peticionária não pode ser tratada igualmente a outros.

Insta consignar que a mera menção à apreensão de entorpecentes não configura “bis in idem”, porquanto foi utilizada para embasar, juntamente com as demais circunstâncias mencionadas acima, a dedicação da peticionária às atividades criminosas, esta sim, motivadora do afastamento da causa de diminuição de pena.”

[...]

Quanto ao regime, outro não poderia ser, que não o inicial fechado.

E, não obstante a decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, com declaração da inconstitucionalidade incidentalmente, do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, não há como aplicar, “in casu”, regime inicial menos severo.

Até em atenção ao art. 33, § 3º, do Código Penal.

No mesmo sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME FECHADO ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

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 integrarem organizações criminosas.

2. Na hipótese, o Tribunal de origem afastou o redutor por entender que as circunstâncias do delito e as provas colhidas em juízo, sobretudo as extraídas do celular do corréu, denotam a habitualidade delitiva dos réus no tráfico de drogas, pois, além das 5 porções de maconha (2kg) e 2 de cocaína (987,2g), foram apreendidos R\$ 364,00, em notas e moedas diversas, 2 balanças de precisão, sacolés, 1 faca com resquícios dos entorpecentes, 1 caderno com anotações relativas

ao comércio espúrio e 40.000 microtubos utilizados para acondicionamento da droga. 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.

3. Não há se falar em *bis in idem* na hipótese, pois há nos autos outros elementos que evidenciam a habitualidade delitiva do paciente no tráfico de drogas além da quantidade e natureza do entorpecente apreendido.

4. Embora a paciente seja primária e a pena tenha sido fixada em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos de reclusão, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial (quantidade e natureza do entorpecente), nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 868.383/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 28/2/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME FECHADO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. GRAVIDADE CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 é aplicável desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. No caso, as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, que estava evidenciada a dedicação do apenado às atividades criminosas. Foi ressaltada, dentre outros elementos, a apreensão de elevada quantidade e variedade de entorpecentes (399,8g de maconha e 504g de cocaína), além de balança de precisão, sacos plásticos, rolos de filme plástico e eppendorfs vazios e anotações relativas à contabilidade do tráfico de drogas. Acolher a tese defensiva a fim de reformar as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias demandaria aprofundado revolvimento fático, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus.

2. A quantidade da droga demonstra a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 863.507/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/4/2024, DJe de 18/4/2024.)

Por fim, para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às pretensões apresentadas pela parte, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta Corte.

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

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0091540-1

AgRg no
HC 898.901 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15005339320238260545 23479838220238260000

EM MESA

JULGADO: 11/06/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra DANIELA TEIXEIRA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SANTIAGO PASQUETTE PERES
ADVOGADO : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TAINA BATISTA DA SILVA (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 : TAINA BATISTA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

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

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