



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 901809 - SC (2024/0108563-8)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : WELLINTON DOS SANTOS DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : GUILHERME ALEXANDRE FERREIRA - SC033173
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. TRANSPORTE INTERMUNICIPAL, COM ENVOLVIMENTO DE MENORES, DE 20KG DE MACONHA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INAPLICABILIDADE. TESE DE QUE O AGRAVANTE NÃO SE DEDICA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSÁRIO O REEXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. INVIÁVEL EM SEDE DE *HABEAS CORPUS. BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. ART. 33, § 2º e § 3º, DO CÓDIGO PENAL – CP. REGIME FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE JUSTICADO. AGRAVO DESPROVIDO.

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

2. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias, além da quantidade de drogas apreendidas (20kg maconha), referiram-se ao modo de atuação dos réus, que utilizavam-se de veículo para a traficância, mediante o transporte de drogas intermunicipal, com apoio de adolescente, que as armazenava e as distribuía; demonstrativo de sua dedicação à atividade delitiva. Dessa forma, verifico que não há ilegalidade na vedação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, haja vista que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a negativa da benesse, vedada em razão da dedicação do agravante à atividade criminosa.

Ademais, para se acolher a tese de que o agravante não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o reexame aprofundado

das provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

3. O entendimento desta Quinta Turma do STJ é no sentido de que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para **afastar** a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura *bis in idem*. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "*tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006*" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Na primeira fase da dosimetria, a Corte estadual fundamentou a exasperação da pena-base acima dos patamares mínimos, tendo-se em vista a grande quantidade e natureza de entorpecentes transportada pelo agravante e o corréu Uesley, enquanto na vedação da minorante as instâncias ordinárias destacaram não só a quantidade e natureza do entorpecente apreendida, mas também outros elementos indicativos da habitualidade delitiva. Portanto, não há que se falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, pois foram diversos os elementos fáticos concretos que embasaram a decisão de afastamento da figura do tráfico privilegiado, desbordando daqueles utilizados para agravar a pena-base do agravante.

4. Não há ilegalidade na fixação do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, apesar do *quantum* de pena aplicado, superior a 4 e inferior a 8 anos, permitir, em tese, a fixação do regime semiaberto, os fundamentos apresentados revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade de drogas apreendidas (20kg de maconha), justificando a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como em consonância com esta Quinta Turma.

5 . Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 24/09/2024 a 30/09/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 30 de setembro de 2024.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 901809 - SC (2024/0108563-8)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : WELLINTON DOS SANTOS DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : GUILHERME ALEXANDRE FERREIRA - SC033173
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. TRANSPORTE INTERMUNICIPAL, COM ENVOLVIMENTO DE MENORES, DE 20KG DE MACONHA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INAPLICABILIDADE. TESE DE QUE O AGRAVANTE NÃO SE DEDICA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSÁRIO O REEXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. INVIÁVEL EM SEDE DE *HABEAS CORPUS. BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. ART. 33, § 2º e § 3º, DO CÓDIGO PENAL – CP. REGIME FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE JUSTICADO. AGRAVO DESPROVIDO.

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

2. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias, além da quantidade de drogas apreendidas (20kg maconha), referiram-se ao modo de atuação dos réus, que utilizavam-se de veículo para a traficância, mediante o transporte de drogas intermunicipal, com apoio de adolescente, que as armazenava e as distribuía; demonstrativo de sua dedicação à atividade delitiva. Dessa forma, verifico que não há ilegalidade na vedação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, haja vista que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a negativa da benesse, vedada em razão da dedicação do agravante à atividade criminosa.

Ademais, para se acolher a tese de que o agravante não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o reexame aprofundado

das provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

3. O entendimento desta Quinta Turma do STJ é no sentido de que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para **afastar** a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura *bis in idem*. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "*tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006*" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Na primeira fase da dosimetria, a Corte estadual fundamentou a exasperação da pena-base acima dos patamares mínimos, tendo-se em vista a grande quantidade e natureza de entorpecentes transportada pelo agravante e o corréu Uesley, enquanto na vedação da minorante as instâncias ordinárias destacaram não só a quantidade e natureza do entorpecente apreendida, mas também outros elementos indicativos da habitualidade delitiva. Portanto, não há que se falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, pois foram diversos os elementos fáticos concretos que embasaram a decisão de afastamento da figura do tráfico privilegiado, desbordando daqueles utilizados para agravar a pena-base do agravante.

4. Não há ilegalidade na fixação do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, apesar do *quantum* de pena aplicado, superior a 4 e inferior a 8 anos, permitir, em tese, a fixação do regime semiaberto, os fundamentos apresentados revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade de drogas apreendidas (20kg de maconha), justificando a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como em consonância com esta Quinta Turma.

5 . Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental interposto por WELLINTON DOS SANTOS DE OLIVEIRA contra decisão singular por mim proferida, às fls. 471/493, em que não conheci do *habeas corpus*.

No presente recurso, o agravante insiste na tese de que faz jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado, com a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois é primário, possuidor de bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa.

Afirma que a quantidade da droga apreendida, por si só, não constitui elemento apto a afastar a aplicação do redutor e ressalta não haver prova de que se dedica à traficância.

Pondera a existência de *bis in idem* na utilização da quantidade de droga na

terceira fase da dosimetria, para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, e na primeira fase da dosimetria, a fim de justificar o incremento da pena-base.

Defende que com o reconhecimento das circunstâncias favoráveis do paciente, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o semiaberto.

Requer, assim, *"que dentro do princípio da retratação que caracteriza esta sede, a reconsideração da r. decisão objurgada ou ainda que seja o presente agravo submetido a julgamento, nos moldes do Regimento Interno deste Tribunal para PROVER o presente recurso para ser reconhecido o tráfico privilegiado ao Agravante, aplicando-se a causa especial de diminuição de pena, haja vista a ausência de provas de dedicação a atividades criminosas"* (fls. 1.240/1.243).

É o relatório.

VOTO

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

Conforme afirmado no *decisum* agravado, esta Corte Superior não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, porém ressalta a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente, o que não é o caso dos autos.

A irresignação cinge-se acerca da possibilidade de aplicação da minorante (art. 33, § 4º) em seu grau máximo e a fixação do regime prisional mais brando.

O agravante foi condenado por tráfico de drogas à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos:

"Consta do incluso Auto de Prisão em Flagrante que os denunciados PATRICK LUCIANO CORDEIRO e CÉSAR BIGATON DE ALMEIDA associaram-se de forma livre, consciente, estável e duradoura, agindo em comunhão de esforços e união de desígnios para a prática do crime de tráfico de entorpecentes na região de Joinville – SC, cada um aderindo à conduta do outro. Assim é que no dia 19 de novembro de 2020, em horário e local a serem melhor apurados durante a instrução, os denunciados PATRICK LUCIANO e CÉSAR venderam e forneceram ao adolescente Marlon Gois Rocha, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, aproximadamente 20kg (vinte quilos) da droga popularmente conhecida como "maconha", substância essa entorpecente e capaz de causar dependência física e psíquica, conforme Laudo Pericial de fls. 38 usque 40 – Relatório Final Ipl 1 - Evento 1 - Autos

5006379-80.2021.8.24.0036, com o fim de destinação à comercialização. Nesse contexto, **por ordem de PATRICK LUCIANO e CÉSAR, na mesma data, os denunciados WELLINTON DOS SANTOS DE OLIVEIRA e UESLEY FERNANDO LIMA LOPES transportaram da cidade de Joinville - SC até a residência do adolescente Marlon Gois Rocha, localizada na Rua Adolfo Antonio Emmendoerfer s/nº, Rio Molha, nesta cidade e comarca, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, aproximadamente 20kg (vinte quilos) da droga popularmente conhecida como "maconha", substância essa entorpecente e capaz de causar dependência física e psíquica, conforme Laudo Pericial de fls. 38 usque 40 – Relatório Final lpl 1 - Evento 1 - Autos 5006379- 80.2021.8.24.0036, com o fim de destinação à comercialização.**

[...]

De início, a Autoridade Policial representou pela interceptação de comunicação telefônica e quebra de sigilo telefônico, o que foi deferido (ev. 6 dos autos n. 5000817-90.2021.8.24.0036).

Na sequência, a Autoridade Policial representou pela prisão temporária de Patrick Luciano Cordeiro, Wellington dos Santos de Oliveira, Uesley Fernando Lima Lopes, César Bigaton de Almeida e Eduarda Gonçalves Policeno, bem como busca e apreensão, incluindo neste último Rafael Konell, o que foi deferido (ev. 4 dos autos n. 5004620-81.2021.8.24.0036). Após o interrogatório, foi revogada a prisão temporária de Eduarda Gonçalves Policeno no mesmo dia do cumprimento do mandado (ev. 24-27).

[...]

Nota-se que WELLINGTON também confessou os fatos, o que corrobora as mensagens extraídas do Laudo Pericial (p. 88-89, do Rel. Final 1, do evento 1, dos autos n. 5006379-80.2021.8.24.0036), e ainda afirmou em seu interrogatório judicial que iria receber a quantia de R\$ 4.000,00 pelo serviço (transportar a droga de Joinville até a residência de Marlon em Jaraguá do Sul).

[...]

No caso sub judice, restou comprovado que os acusados WELLINGTON e UESLEY transportaram quase 20kg de maconha, vendida e fornecida pelos acusados CÉSAR e PATRICK, tudo para fins de comercialização.

[...]

3. Do acusado Wellington dos Santos Oliveira

Primeira fase. Passo à análise das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, sendo que a culpabilidade é moderada; não registra antecedentes criminais; não há elementos suficientes nos autos para aferir a conduta social, nem a personalidade do acusado; quanto aos motivos, nada há para ser sopesado nesta fase; as consequências e pela prática do ilícito são graves,

mas inerentes ao tipo; as circunstâncias vão além daquelas normais à espécie, pois o acusado se dirigiu de Joinville até esta comarca para praticar o delito, realizando transporte intermunicipal, além do quantitativo (art. 42 da LD) e da associação eventual com os corréus Patrick, Uesley e o adolescente Mateus; o comportamento da vítima em nada comprometeu o crime. Considerando que nesta fase há uma circunstância desfavorável ao acusado, fixo a pena privativa de liberdade um pouco acima no mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Segunda fase. *Inexistem circunstâncias agravantes a serem sopesadas. Considero a atenuante da confissão espontânea, pois o acusado confirmou que transportou a droga pela quantia de R\$ 4.000,00 (artigo 65, III, d). Assim, retorno a pena ao patamar mínimo.*

Terceira fase. Presente a causa de aumento de pena do envolvimento do adolescente no crime. Assim, aumento a pena em 1/6 (um sexto), ou seja, em 10 (dez) meses e 83 (oitenta e três) dias-multa, totalizando 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. No tocante à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, as certidões de antecedentes criminais dão conta de que o acusado não é reincidente, mas aliado ao fato de ter transportado expressiva quantidade drogas (20 kg de maconha), quantia suficiente para atingir centenas de usuários, revelando o exercício não ocasional do tráfico, e parte da droga era skank, "substância também conhecida como 'supermaconha', porque seu princípio ativo THC (tetrahydrocannabinol), embora o mesmo da maconha comum, é sete vezes mais forte" (A.C. n. 2005.003257-6, da Capital, rel. Maurílio Moreira Leite, Segunda Câmara Criminal, j. 10-05-2005), não é viável a concessão do benefício, restando fixada a reprimenda definitivamente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, sendo o valor individual fixado no mínimo legal, previsto no art. 43 da Lei nº 11.343/2006.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, considerando o quantitativo, a reprovabilidade da prática delitiva, os fundamentos do parágrafo anterior, bem como a circunstância judicial negativa.

Deixo de substituí-la por penas restritivas de direitos pela ausência de requisitos objetivos (quantidade de pena), além da incompatibilidade com o delito grave imputado ao acusado e porque a pena alternativa não se mostra suficiente como resposta penal (CP, art. 44). Reporto-me também às razões pelas quais eleito o regime fechado para o cumprimento de pena. Ademais, a medida não é socialmente recomendável, além da necessidade de prevenção a casos semelhantes ao delito apurado" (fls. 9/37).

A Corte Estadual, por sua vez, no julgamento do apelo defensivo, negou

provimento ao recurso, nos seguintes termos:

"2 Dos recursos de Patrick Luciano Cordeiro e de Wellington dos Santos Oliveira

Inicialmente, vale ressaltar que a materialidade e a autoria das condutas imputadas aos apelantes sequer foram questionadas nos recursos, restando plenamente demonstradas pelos elementos de prova constantes nos autos, notadamente no inquérito policial n. 537.20.00026 (evento 1, autos n. 5006379-80.2021.8.24.0036) e na prova oral coligida ao feito, em especial as confissões dos acusados.

Logo, uma vez que o efeito devolutivo da apelação circunscreve-se aos pontos especificamente impugnados nas razões do apelo, passa-se diretamente ao exame das matérias suscitadas por ambos os apelantes, relativas à dosimetria operada pelo juízo singular.

Na etapa inaugural do cálculo dosimétrico o togado sentenciante devidamente negativamente as circunstâncias do crime para ambos os apelantes, sob o fundamento de que se associaram a outros dois acusados para a prática de tráfico intermunicipal de drogas, um inclusive adolescente, além da expressiva quantidade de maconha apreendida. Não há que se falar em afastamento da negativação, porquanto corretamente fundamentada.

Quanto à alegação de ocorrência de bis in idem, sustentada pelo réu Wellington, importa destacar que a quantidade de droga apreendida não foi o único fundamento utilizado para a negativa de reconhecimento do tráfico privilegiado (Lei n. 11.343/06, art. 33, §4º), como se verá adiante.

As defesas de ambos os réus pugnam, também, pelo afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas, alegando que não há, nos autos, qualquer prova acerca da menoridade do adolescente M. G. R.. Wellington, em seu recurso, ainda invocou o erro de tipo, já que supostamente não tinha conhecimento acerca da menoridade de M..

Ocorre que, ao contrário do disposto pelos apelantes, consta, no boletim de ocorrência, documento dotado de fé pública, a data de nascimento de M. G. R. (08-08-2003), com o número do seu R.G., provando que, à época dos fatos, o adolescente contava com 17 (dezessete) anos de idade.

[...]

Mantém-se, pois, a causa de aumento de pena referente à participação de adolescente na mercancia ilícita para ambos os recorrentes, tal como disposto pelo juízo singular.

Pretendem ambas as defesas, ainda, o reconhecimento do tráfico privilegiado (Lei n. 11.343/06, art. 33, § 4º), por estarem preenchidos os requisitos legais a tanto.

Novamente sem razão.

Isso porque, a quantidade de entorpecente

encontrada é bastante elevada (aproximadamente 20 quilos de maconha), indicativo de que os denunciados já eram traficantes experientes, lidando com um volume mais expressivo de droga. Aliás, os réus estavam realizando um transporte intermunicipal de entorpecentes, contando com o apoio de adolescentes para o armazenamento e a distribuição da droga, o que também evidencia o maior envolvimento com o comércio espúrio, não se tratando de traficantes de primeira viagem.

[...]

Quanto à alegação do apelante Wellington de violação ao princípio da isonomia, já que o redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas foi aplicado ao corréu Uesley, importa destacar que restou devidamente fundamentado pelo magistrado sentenciante, pois, "diferentemente dos demais réus, notório que UESLEY não participou da aquisição e provavelmente não auferiu lucro, sendo responsabilizado pelo transporte de forma geral, prestando um auxílio ao corréu Wellington". E, de fato, em análise à prova oral coligida aos autos, percebe-se que Uesley apenas acompanhou Wellington no transporte do material ilícito, não obtendo nenhum tipo de vantagem financeira. O apelante, ao seu turno, admitiu, em juízo, que receberia a quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para o transporte do entorpecente. O juízo a quo, portanto, agiu em conformidade ao princípio da individualização da pena, daí por que insubsistente a alegação de violação ao princípio da isonomia.

Por fim, no tocante ao regime inicial de expiação, o juiz de primeiro grau fixou o no fechado para ambos os apelantes, e assim deve ser mantido, diante da expressiva quantidade de droga apreendida, da intermunicipalidade da ação e do envolvimento de adolescente, motivos que negataram uma das circunstâncias judiciais, consoante autoriza o art. 33, § 3º, do Código Penal.

[...]

Não há, portanto, qualquer alteração na dosimetria levada a efeito pelo juízo de origem" (fls. 53/56).

Como cediço, o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas disciplina a incidência de causa especial de redução da pena, hipótese denominada pela doutrina como "tráfico privilegiado". O dispositivo contém a seguinte redação:

"Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Sendo assim, para que o réu possa ter o benefício da diminuição, deverá cumprir, cumulativamente, quatro requisitos, quais sejam: (a) ser primário; (b) possuir

bons antecedentes; (c) não se dedicar a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa.

Os dois pressupostos iniciais são de avaliação estritamente objetiva, basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. Quanto às duas últimas condições, a análise envolve apreciação subjetiva do Magistrado processante, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, para aferir se o apenado se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa.

Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias, além da quantidade de drogas apreendidas (20kg maconha), referiram-se ao modo de atuação dos réus, que utilizavam-se de veículo para a traficância, mediante o transporte de drogas intermunicipal, com apoio de adolescente, que as armazenava e as distribuía; demonstrativo de sua dedicação à atividade delitiva.

Dessa forma, verifico que não há ilegalidade na vedação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, haja vista que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a negativa da benesse, vedada em razão da dedicação do agravante à atividade criminosa.

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

A propósito, confirmam-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTO VÁLIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. HABITUALIDADE DELITIVA EVIDENCIADA. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RECURSO EM LIBERDADE. SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE RESPONDEU AO FEITO SEGREGADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a

revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

2. Sob o aspecto da extensão e da profundidade do efeito devolutivo na apelação, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da *reformatio in pejus*, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu (HC 374.006/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 18/11/2016; HC 349.015/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/5/2016).

3. Na hipótese, o fato da Corte de origem deslocado a quantidade da droga (398,75kg de maconha) do vetor relativo às circunstâncias do delito para vetorial específica descrita no art. 42 da Lei de Drogas não configura *reformatio in pejus*, sobretudo por tal fundamento ter sido utilizado anteriormente pelo Juízo sentenciante para desqualificar aquela circunstância judicial.

4. Portanto, a sanção inicial foi fundamentadamente elevada em 1 ano e 3 meses acima do mínimo legal com amparo na expressiva quantidade de droga apreendida - o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos).

5. A teor 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.

6. **In casu, a Corte de origem manteve afastado o redutor do tráfico privilegiado, por entender que as circunstâncias do delito e as provas colhidas nos autos denotam a habitualidade delitiva do paciente e seu envolvimento com grupo criminoso, visto que foi flagrado realizando o transporte de 398,75 kg de maconha da cidade de Amambaí/MS para Mundo Novo/MS, tendo recebido o veículo previamente modificado, com as substâncias acondicionadas nos bancos e no assoalho, e admitido que receberia o valor de R\$ 2.000,00 pelo serviço. Portanto, a alteração desse entendimento - para 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.**

7. Não há que 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.

8. Embora o paciente seja primário e a pena reclusiva do crime de tráfico de drogas 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 do entorpecente), nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

9. Estabelecido o quantum da sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

[...]

12. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 770.444/MS, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe de 15/12/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTE. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática que negou provimento ao recurso em habeas corpus.

2. Hipótese em que o aumento da pena-base na fração de 1/6, em razão da valoração das circunstâncias judiciais (natureza e quantidade do entorpecente, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006), não ocorreu de forma desproporcional.

3. Se mostra idônea a fundamentação, uma vez que, há muito tempo, a jurisprudência do STJ considera lícito o recrudesimento da pena-base, tendo em vista a natureza e a quantidade da substância entorpecente. Precedentes. (AgRg no HC n. 732.950/SP, Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), Quinta Turma, DJe 30/5/2022).

4. Não há um critério matemático para a escolha das frações de aumento em função da negatização dos vetores contidos no art. 59 do Código Penal, sendo garantida a discricionariedade do julgador para a fixação da pena-base, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto (HC n. 557.108/MG, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 16/6/2021).

5. Ao vedar a incidência do redutor especial da pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), a instância ordinária considerou as circunstâncias do flagrante, que, na perspectiva do órgão julgador, demonstram a dedicação da paciente a atividades criminosas.

6. Nesse aspecto, não há ilegalidade no acórdão; ao contrário, a jurisprudência desta Corte tem admitido que tais aspectos (as circunstâncias da prisão em flagrante ou o modus operandi do delito, além da quantidade de drogas e comprovação da estabilidade e permanência do vínculo associativo) sejam sopesados

na análise dos requisitos previstos no dispositivo em comento.

7. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 713.413/SE, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JUNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 4/8/2022.)

Noutro ponto, a tese defensiva de que a quantidade e natureza da droga foi utilizada tanto para exasperar a pena base como para negar a aplicação da redução pelo tráfico privilegiado, incorrendo, assim, em indevido *bis in idem*, não merece prosperar, haja vista que o entendimento desta Quinta Turma do STJ é no sentido de que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para **afastar** a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura *bis in idem*.

Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para **modular** a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Verifica-se que, na primeira fase da dosimetria, a Corte estadual fundamentou a exasperação da pena-base acima dos patamares mínimos, tendo-se em vista a grande quantidade e natureza de entorpecentes transportada pelo agravante e o corréu Uesley, enquanto na vedação da minorante as instâncias ordinárias destacaram não só a quantidade e natureza do entorpecente apreendido, mas também outros elementos indicativos da habitualidade delitiva.

Quanto ao tema, colaciono os seguintes julgados deste STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ART. 33 C.C. O ART. 40, INCISO I, DA LEI N. 11.343/2006. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRECEITO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL. TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICÁVEL. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM NA FUNDAMENTAÇÃO EMPREGADA PARA O INDEFERIMENTO DA BENESSE. PROVA DA DEDICAÇÃO AO CRIME E DO ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INVIÁVEL REEXAME

FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXXVIII, prescreve: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Essa garantia deve ser compatibilizada com outras de igual estatura constitucional, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório que, da mesma forma, precisam ser assegurados às partes no curso do processo. Eventual constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional.

- No caso dos autos, a sentença condenatória foi proferida em 30/6/2020 (fl. 793), sendo que da decisão, apelaram 6 dos acusados.

As razões mais recentes foram apresentadas em 20/8/2020, e as contrarrazões do Ministério Público juntadas em 29/9/2020. A remessa dos autos ao Tribunal ocorreu em 19/10/2020, distribuídos na mesma data, e seguiram tramitação regular até o julgamento do recurso, em 19/12/2022 (fl. 115). O andamento do feito é compatível com a espécie, não havendo qualquer paralisação ou entrave no seu avanço.

- "A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que as elevadas penas impostas na sentença condenatória devem ser consideradas para fins de análise de suposto excesso de prazo no julgamento da apelação" (Informações adicionais do HC n. 448.058/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 12/2/2019, DJe 8/3/2019).

- Com o fim de assegurar que a prisão não se estenda por período superior ao necessário, configurando verdadeiro cumprimento antecipado da pena, a alteração promovida pela Lei n. 13.964/2019 ao art. 316, do Código de Processo Penal, estabeleceu que o magistrado revisará, a cada 90 dias, a necessidade da manutenção da prisão, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal.

- Necessário considerar, porém, que, assim como se deve proceder em relação a um ocasional excesso de prazo na formação da culpa, para o reconhecimento de eventual constrangimento ilegal pela demora no reexame obrigatório da custódia cautelar, exige-se uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional.

- Não se trata de termo peremptório, isto é, eventual atraso na execução deste ato de revisão dos fundamentos da prisão não implica automático reconhecimento da ilegalidade da prisão, tampouco a imediata colocação do custodiado cautelar em liberdade. A norma estabelece

expressamente que a revisão da prisão, a cada 90 dias, cabe apenas ao órgão emissor da decisão, procedimento cabível, portanto, nas fases de investigação e persecução penal. Isso porque, encerrada a instrução e formada a culpa, com prolação da sentença, o § 1º, do art. 387, Código de Processo Penal, determina que "O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta".

Trata-se de uma imposição legal para uma última atuação do Magistrado, a qual representa o marco final para a revisão, de ofício, da prisão preventiva do condenado. Em uma interpretação sistemática, buscando manter a harmonia entre as duas regras do CPP - parágrafo único, do art. 316 e § 1º, do art. 387 - o dever de reavaliar periodicamente, a cada 90 dias, a necessidade da prisão preventiva cessa com a formação de um juízo de certeza da culpabilidade do réu, declarado na sentença, e ingresso do processo na fase recursal. A partir de então, eventuais inconformismos com a manutenção da prisão preventiva deverão ser arguidos pela defesa nos autos do recurso ou por outra via processual adequada prevista no ordenamento jurídico. Ressalva do entendimento do relator.

- A dosimetria da pena insere-se em um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- O art. 42, da Lei de Drogas, prescreve que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

- A análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito, sendo possível que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto (AgRg no REsp n. 143.071/AM, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 6/5/2015).

- No caso, não há falar em constrangimento ilegal decorrente da exasperação da pena-base do crime de tráfico de drogas, em aproximadamente 6/5 sobre o mínimo legal, porquanto foi apreendida grande quantidade de droga (1.014,800 kg de maconha - fl. 90), e o transporte do material entorpecente foi feito com o uso de veículo furtado em outro estado da federação, que teve modificadas suas características originais (fl. 91). As circunstâncias mencionadas em muito desbordam do ordinário do tipo criminal, justificando o aumento da pena-base e o quantum

de incremento adotado.

- A causa de diminuição da pena do tráfico privilegiado é aplicável quando o agente é primário, de bons antecedentes, não havendo prova de sua dedicação à atividade criminosa ou de que integre organização criminosa, em conformidade com o art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006.

- Na hipótese, a minorante não foi afastada, exclusivamente, por causa do montante da droga apreendida, de modo que não há qualquer bis in idem, mas em virtude de outros elementos indicativos da habitualidade delitiva e da proximidade do agente com organização criminosa: a complexidade do esquema usado para a prática do tráfico internacional de entorpecentes, notadamente, quanto à prévia preparação e modificação da carreta utilizada para o transporte, o volume de recursos empregados para custeio de aquisição de outros automóveis conduzidos pelos corréus, como batedores, a logística empregada envolvendo a circulação desde o Estado da Paraíba até a região sudeste/sul do país, a estruturação de trajetos, pontos de parada e a escolha antecipada de vias que não contam com policiamento, a prova do envolvimento de outras pessoas, obtida por meio de interceptações telefônicas (fl. 92). A reforma do juízo de fato firmado na origem, ademais, demandaria reexame fático-probatório, para o qual a via estreita, de cognição sumária, do writ, não se presta.

- Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 800.181/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 24/3/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE MAJORADA. APREENSÃO DE ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal a quo, em sintonia com a orientação jurisprudencial desta Corte, entendeu correto o aumento da pena-base do paciente, tendo tal majoração sido justificada pela apreensão de elevada quantidade de entorpecentes - 9,1kg de cocaína -, porquanto a quantidade e a natureza da droga (art. 42 da Lei n.11.343/2006) são preponderantes em relação às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP, a justificar, pois, o aumento acima de 1/6.

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.

4. A quantidade e a natureza da droga apreendida, aliadas aos outros elementos probatórios coligidos aos autos, demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

5. Indeferido o pleito de aplicação da minorante e mantida a pena definitiva em 5 anos de reclusão, a pretensão de substituição da reprimenda corporal não merece subsistir, em razão da ausência do preenchimento do requisito objetivo previsto no artigo 44, I, do Código Penal - CP.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 764.180/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe de 24/3/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. MAJORANTE RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AFASTAMENTO QUE DEMANDARIA AMPLA REAPRECIAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A quantidade e a natureza das drogas são circunstâncias preponderantes na fixação da pena-base no crime de tráfico de drogas, como prevê expressamente o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. No caso concreto, a substancial quantidade apreendida de entorpecentes é apta, por si só, a indicar maior desvalor da conduta, de modo que não se verifica ilegalidade ou desproporcionalidade na majoração da pena-base.

2. A causa especial de diminuição de pena

prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas foi afastada não apenas em razão da condenação provisória do Réu ou da quantidade e variedade de drogas, mas também pelo fato de o Acusado "ser auxiliado por outros indivíduos e na posse de arma de fogo, tudo a evidenciar integração a organização criminosa". Nesse contexto, não é possível desconstituir a conclusão das instâncias de origem sobre a dedicação do Agravante à atividade criminosa e, por conseguinte, reconhecer a incidência do redutor, notadamente por ser vedado, na presente via, revolver o contexto fático-probatório dos autos. Precedentes.

3. No que se refere à causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso IV, da Lei de Drogas, "[s]egundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, se no momento da apreensão a arma estiver sendo usada como parte do processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar a prática do narcotráfico, como na hipótese, correta a aplicação da majorante do art. 40, IV, da Lei de drogas" (AgRg no HC 577.166/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2020, DJe 17/08/2020).

4. O acolhimento da tese defensiva de que "os disparos foram realizados por indivíduos não identificados, e não pelo paciente, visto ainda que a arma não foi localizada em posse do paciente" demandaria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra possível no âmbito estreito do habeas corpus.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 725.431/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 4/4/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRESENÇA DE OUTRA ATENUANTE NA SEGUNDA ETAPA DA DOSIMETRIA. NOVO CÁLCULO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO PELA NATUREZA/QUANTIDADE. POSSIBILIDADE. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INDICATIVOS DE QUE O RÉU SE DEDICARIA AO TRÁFICO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Na hipótese, uma vez constatada a presença concomitante de outra atenuante já aplicada anteriormente pelas instâncias ordinárias, além da confissão espontânea, ora reconhecida, torna-se forçosa a revisão do cálculo da pena, para reduzir a condenação.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, não há ilegalidade na exasperação da pena-base pela natureza e quantidade de drogas apreendidas, porquanto fixada nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, inexistindo ilegalidade ou desproporcionalidade patente a ser revista na estreita via do especial.

3. Afastada fundamentadamente a causa de diminuição da pena do crime de tráfico, ante a presença de elementos que revelariam que o réu se

dedicaria ao tráfico, a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, incabível na estreita via do habeas corpus.

4. Não há falar em bis in idem ante a consideração da quantidade/natureza da droga na primeira e terceira fases da dosimetria tendo em vista a presença de outros elementos considerados pelas instâncias ordinárias como indicativos de dedicação ao tráfico.

5. Agravo parcialmente provido. Parcial provimento ao recurso especial interposto por Rodrigo Junio da Silva, fim de reduzir-lhe a condenação para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, fixando o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(AgRg no REsp n. 1.964.568/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, DJe de 11/3/2022.)

Portanto, não há que se falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, pois foram diversos os elementos fáticos concretos que embasaram a decisão de afastamento da figura do tráfico privilegiado, desbordando daqueles utilizados para agravar a pena-base do agravante.

Da mesma forma, não evidencio ilegalidade na fixação do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, apesar do *quantum* de pena aplicado, superior a 4 e inferior a 8 anos, permitir, em tese, a fixação do regime semiaberto, os fundamentos apresentados revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade de drogas apreendidas (20kg de maconha), justificando a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como em consonância com esta Quinta Turma.

A propósito, confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO MÍNIMA. CONDIÇÃO DE MULA. FUNDAMENTO CONCRETO. PRECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E CARÁTER INTERESTADUAL DO DELITO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que "a simples atuação do agente como 'mula', por si só, não induz que integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, a autorizar a redução da pena em

sua totalidade.

Contudo, embora o desempenho dessa função não seja suficiente para denotar que o agravante faça parte de organização criminosa, tal fato constitui circunstância concreta para ser valorada na definição do índice de redução pelo tráfico privilegiado, uma vez se reveste de maior gravidade" (AgRg no AREsp 1.534.326/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 24/09/2019).

2. De acordo com o acórdão que julgou a apelação defensiva, especialmente as circunstâncias em que as Rés foram contratadas para transportar a droga, mediante promessa de pagamento, demonstram que elas atuaram na condição de "mulas", o que justifica a incidência do redutor na fração mínima (1/6) .

3. Considerando as penas impostas - para ambas as Agravantes, em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão - e a fixação da pena-base acima do mínimo legal (em razão da quantidade e natureza dos entorpecentes), bem como o caráter interestadual do crime, é cabível a fixação do regime inicial fechado, segundo o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Mantidas as reprimendas finais em patamar superior a 4 (quatro) anos, mostra-se inviável a substituição por penas restritivas de direitos, pelo não preenchimento do requisito objetivo (art. 44, inciso I, do Código Penal).

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 669.239/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe de 21/6/2022).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO
MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA.
PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM
RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS
(1.611,04g DE MACONHA). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.
ART. 42 DA LEI DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE
DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N.
11.343/06) NÃO APLICADA. DEDICAÇÃO DO PACIENTE
À ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN
IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DA JULGADA NO ARE N.
666.334/RG, ALÉM DIVERSOS REGISTROS DE
PROCESSOS POR ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS
AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ERESP
1.916.596/SP. CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS.
GRAVIDADE ATOS PRETÉRITOS. PRECEDENTES.
REGIME FECHADO. ADEQUADO. PRESENÇA DE
CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE
ELEVOU A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.
PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS
APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA.
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 - As instâncias ordinárias, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, consideraram mormente a quantidade do entorpecente apreendido (1.611,04g de maconha) com o paciente, para exasperar a reprimenda-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do writ.

III - A pena-base do paciente afastou-se do mínimo legal com base na quantidade da droga apreendida (1.611,04g de maconha), fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/06.

IV - Houve fundamentação concreta quando ao afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada não somente em função da quantidade da droga apreendida (1.611,04g de maconha), mas também em razão das circunstâncias do caso concreto, onde ficou constatado que o paciente é contumaz na prática da traficância, não se tratando de traficante ocasional, situação que corrobora a conclusão de que se dedicava às atividades ilícitas, o que justifica o afastamento da redutora do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Ademais, A Terceira Seção, por ocasião do julgamento do EREsp 1.916.596/SP, na sessão de 8/9/2021, adotou o entendimento de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, mediante fundamentação que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração, como ocorre na espécie.

V - Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a existência de circunstância judicial desfavorável, com a consequente fixação da pena-base acima do mínimo legal, autoriza a determinação de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena cominado.

VII - A toda evidência, o decisum agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 733.918/BA, relator Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, DJe de 30/5/2022).

Desse modo, mantenho a r. decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 901.809 / SC
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2024/0108563-8

Número de Origem:

50046208120218240036 50063798020218240036 50069270820218240036 50259062920218240000

Sessão Virtual de 24/09/2024 a 30/09/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUILHERME ALEXANDRE FERREIRA
ADVOGADO : GUILHERME ALEXANDRE FERREIRA - SC033173
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : WELLINTON DOS SANTOS DE OLIVEIRA (PRESO)
CORRÉU : PATRICK LUCIANO CORDEIRO
CORRÉU : CESAR BIGATON DE ALMEIDA
CORRÉU : UESLEY FERNANDO LIMA LOPES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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 : WELLINTON DOS SANTOS DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : GUILHERME ALEXANDRE FERREIRA - SC033173
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 24/09/2024 a 30/09/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 30 de setembro de 2024