



# HABEAS CORPOS

---

SÉRIE: RELATÓRIO E VOTO  
JULGAMENTOS - 01/01/2022 . 31/12/2022

MIN. JOÃO OTÁVIO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

---

Mais informações: [csl-edu.com.br](http://csl-edu.com.br)

MIN.  
JOÃO  
OTÁVIO

S  
T  
J

FEVEREIRO

---

ORGANIZADOR: CLAUDIONEI SANTA LUCIA



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 710729 - SP (2021/0389113-9)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : EDIMAR DE PAULA ANDRE (PRESO)  
**ADVOGADOS** : ANDRÉ LOZANO ANDRADE E OUTROS - SP311965  
FERNANDA PERON GERALDINI - SP334179  
MARIA ORSI CEMBRANELLI - SP451362  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. QUANTIDADE DE DROGAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A impetração de *habeas corpus* após o trânsito em julgado da condenação e com a finalidade de reconhecimento de eventual ilegalidade na colheita de provas é indevida e tem feições de revisão criminal.

2. Ocorrendo o trânsito em julgado de decisão condenatória nas instâncias de origem, não é dado à parte optar pela impetração de *writ* no STJ, cuja competência prevista no art. 105, I, *e*, da Constituição Federal restringe-se ao processamento e julgamento de revisões criminais de seus próprios julgados.

3. O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena ao considerar a natureza ou a quantidade da droga ou outros elementos que evidenciem a maior gravidade da prática delitiva, desde que fundamente sua decisão.

4. 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de fevereiro de 2022.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 710729 - SP (2021/0389113-9)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : EDIMAR DE PAULA ANDRE (PRESO)  
**ADVOGADOS** : ANDRÉ LOZANO ANDRADE E OUTROS - SP311965  
FERNANDA PERON GERALDINI - SP334179  
MARIA ORSI CEMBRANELLI - SP451362  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. QUANTIDADE DE DROGAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A impetração de *habeas corpus* após o trânsito em julgado da condenação e com a finalidade de reconhecimento de eventual ilegalidade na colheita de provas é indevida e tem feições de revisão criminal.

2. Ocorrendo o trânsito em julgado de decisão condenatória nas instâncias de origem, não é dado à parte optar pela impetração de *writ* no STJ, cuja competência prevista no art. 105, I, *e*, da Constituição Federal restringe-se ao processamento e julgamento de revisões criminais de seus próprios julgados.

3. O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena ao considerar a natureza ou a quantidade da droga ou outros elementos que evidenciem a maior gravidade da prática delitiva, desde que fundamente sua decisão.

4. Agravo regimental desprovido.

### RELATÓRIO

EDIMAR DE PAULA ANDRÉ interpõe agravo regimental contra a decisão de fls. 39-40, que não conheceu do *habeas corpus* impetrado em seu favor, em que fora apontado como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0069809-39.2014.8.26.0050).

Em primeiro grau, o agravante foi condenado às penas de 4 anos e 2 meses de reclusão no regime fechado e de 416 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso de apelação da defesa.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, mantida na segunda fase da dosimetria, e foi reconhecida a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/6.

A decisão agravada não conheceu do *writ* visto que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorrera em data anterior à da impetração.

Nas razões deste recurso, o agravante afirma estar configurada hipótese de flagrante ilegalidade, pois, segundo aduz, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus*.

Com fundamento nas Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF, insiste na tese de que faz jus à fixação do regime semiaberto para o cumprimento da pena. Argumenta que é primário, possui ocupação lícita e que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do recurso para que seja fixado o regime semiaberto.

É o relatório.

### VOTO

A decisão agravada deve ser mantida.

No caso, a condenação sofrida pelo agravante é definitiva, pois, em consulta ao *site* do Tribunal de origem, verifica-se que foi **certificado o trânsito em julgado da sentença condenatória em 8/2/2017; o presente *writ*, no entanto, foi impetrado somente em 24/11/2021.**

Observa-se ainda que não há, no STJ, julgamento de mérito passível de revisão criminal em relação a essa condenação.

Assim, ocorrendo o trânsito em julgado de decisão condenatória nas instâncias de origem, não é dado à parte optar pela impetração de *writ* nesta instância superior, uma vez que a competência do STJ prevista no art. 105, I, *e*, da Constituição Federal restringe-se ao processamento e julgamento de revisões criminais de seus próprios julgados.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes: HC n. 602.425/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe de 6/4/2021; AgRg no HC n. 628.964/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 8/2/2021; AgRg no HC n. 521.849/SC, Sexta Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 19/8/2020; e AgRg no HC n. 632.467/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 18/12/2020.

No mesmo sentido, a orientação do STF: AgRg no HC n. 134.691/RJ, relator Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 1º/8/2018; AgRg no HC n. 149.653/SP, relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 6/2/2018; AgRg no HC n. 144.323/SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 30/8/2017; e HC n. 199.284/SP, relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 16/8/2021.

Também não há flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

Com relação ao regime inicial de cumprimento de pena, o Tribunal de origem manteve o regime fechado nos seguintes termos (fl. 22, destaquei):

Por fim, **é incogitável a alteração do regime inicial imposto, qual seja o fechado, mesmo diante da declaração incidental da inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8072/90.** Consigne-se que a concessão de regime inicial diverso desvitaliza a eficácia intimidante da pena, incentivando a prática do tráfico. A prevalecer o entendimento segundo o qual o regime prisional é corolário imperativo do quantum da pena, seria obrigatório, em linha de coerência, premiar o autor com o regime semiaberto, medida imprópria, inconveniente e inadequada para um crime tão grave.

E mais, conforme o disposto no §3º do artigo 33 do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 do mesmo Código. Desta feita, **verifica-se, claramente, que a pena aplicada não é único parâmetro a ser utilizado na fixação do regime, sendo que o próprio texto legal afirma que o condenado a pena superior quatro anos e inferior a oito anos, não reincidente, poderá (grifo meu), desde o princípio, cumprir a pena em regime semiaberto. Assim, as circunstâncias do delito já mencionadas acima e a gravidade do crime cometido, justificam o regime inicial fechado, sendo que outro não seria suficiente.**

Destaque-se que a escolha do regime fechado com base na hediondez do delito não encontra mais respaldo na jurisprudência das cortes superiores, mormente após a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 pelo Supremo Tribunal Federal.

O art. 33, §§ 2º, *a, b e c*, e 3º, do Código Penal estabelece a regra geral para fixação do regime inicial de cumprimento da pena, pautando-se pela quantidade da reprimenda imposta ao final da dosimetria: a) fechado para a pena superior a 8 anos e, em casos de reincidência, para a pena igual ou inferior a 8 e superior a 4 anos; b) semiaberto para a pena igual ou inferior a 8 e superior a 4 anos, se primário o condenado; e c) aberto para a pena de até 4 anos.

Por sua vez, o juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena ao considerar a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, especialmente a natureza ou a quantidade da droga, até mesmo sua forma de acondicionamento, desde que fundamente a decisão (AgRg no HC n. 536.415/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 19/8/2020).

No presente caso, a quantidade de drogas apreendida (103 porções de maconha, 207 porções de cocaína e 78 porções de *crack*) revela maior gravidade, o que justifica a imposição de regime diverso dos parâmetros previstos no art. 33 do Código Penal, devendo, portanto, ser **mantido o regime inicial fechado**, fixado na origem.

Desse modo, agiu com acerto o Tribunal *a quo*, não sendo possível a fixação de regime mais brando.

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

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0389113-9

**AgRg no  
HC 710.729 / SP  
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00698093920148260050 20160000939274 698093920148260050

EM MESA

JULGADO: 08/02/2022

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : ANDRE LOZANO ANDRADE E OUTROS  
ADVOGADOS : ANDRÉ LOZANO ANDRADE - SP311965  
FERNANDA PERON GERALDINI - SP334179  
MARIA ORSI CEMBRANELLI - SP451362  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : EDIMAR DE PAULA ANDRE (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 : EDIMAR DE PAULA ANDRE (PRESO)  
ADVOGADOS : ANDRÉ LOZANO ANDRADE E OUTROS - SP311965  
FERNANDA PERON GERALDINI - SP334179  
MARIA ORSI CEMBRANELLI - SP451362  
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 Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) votaram com o Sr. Ministro Relator.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 701880 - MG (2021/0340382-9)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : MAYCON GUILHERME SILVA GANGANA (PRESO)  
**ADVOGADO** : ANDRE MARTINO DOLABELA CHAGAS - MG197707  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE. PERSUASÃO RACIONAL. PROPORCIONALIDADE. QUANTIDADE ELEVADA DE DROGA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em *habeas corpus* somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena.

3. Na primeira fase da dosimetria da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e podem justificar a exasperação da pena-base.

4. Na ausência de previsão legal, a exasperação da pena-base na fração de 1/6 para cada circunstância judicial valorada negativamente atende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

5. Com base no princípio do livre convencimento motivado, ainda que valorado um único vetor, considerada sua preponderância, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação da pena-base em fração superior se considerar expressiva a quantidade da droga, sua diversidade e natureza (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

6. 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de fevereiro de 2022.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 701880 - MG (2021/0340382-9)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : MAYCON GUILHERME SILVA GANGANA (PRESO)  
**ADVOGADO** : ANDRE MARTINO DOLABELA CHAGAS - MG197707  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE. PERSUASÃO RACIONAL. PROPORCIONALIDADE. QUANTIDADE ELEVADA DE DROGA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em *habeas corpus* somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena.

3. Na primeira fase da dosimetria da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e podem justificar a exasperação da pena-base.

4. Na ausência de previsão legal, a exasperação da pena-base na fração de 1/6 para cada circunstância judicial valorada negativamente atende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

5. Com base no princípio do livre convencimento motivado, ainda que valorado um único vetor, considerada sua preponderância, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação da pena-base em fração superior se considerar expressiva a quantidade da droga, sua diversidade e natureza (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

6. Agravo regimental desprovido.

### RELATÓRIO

MAYCON GUILHERME SILVA GANGANA interpõe agravo regimental contra a decisão de fls. 1.216-1.219, que não conheceu do *habeas corpus* impetrado em seu favor, no qual fora apontado como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal n. 1.0024.18.139611-0/001).

Em primeiro grau, o agravante foi condenado às penas de 9 anos e 6 meses de reclusão em regime fechado e de 950 dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Interposta apelação pela defesa, o recurso foi parcialmente provido para fixar as penas definitivas em 7 anos de reclusão em regime inicial semiaberto e em 700 dias-multa.

Na dosimetria, em razão da expressiva quantidade de entorpecente apreendida – 175,476kg de maconha –, a pena-base foi fixada em 7 anos de reclusão e em 700 dias-multa; ausentes agravantes e/ou atenuantes, bem como causas de aumento ou diminuição de pena. Por fim, foi afastado o tráfico privilegiado.

A decisão agravada não reconheceu o alegado constrangimento ilegal quanto à exasperação da pena-base em decorrência da quantidade de entorpecente apreendida.

Nas razões deste recurso, o agravante sustenta que a exasperação da pena-base pela existência de circunstâncias judiciais negativas deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal para cada circunstância judicial negativa. Assim, a fixação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, em 2 anos acima do mínimo legal somente em razão da quantidade da droga apreendida deve vir acompanhada de fundamentação adequada e específica, o que não ocorreu no presente caso.

Requer, assim, seja a matéria submetida ao colegiado para acolhimento dos pedidos formulados no *writ*.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do agravo regimental (fl. 1.251).

É o relatório.

### **VOTO**

A decisão agravada deve ser mantida.

A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

Conforme a orientação jurisprudencial do STJ, o cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão por esta Corte somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena (AgRg no AREsp n. 1.843.362/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 14/5/2021; HC n. 405.765/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 11/10/2017; e AgRg no HC n. 524.277/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 18/5/2020).

Na primeira fase da dosimetria da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a

quantidade, a diversidade e a natureza da droga apreendida, bem como a personalidade e a conduta social do agente, são preponderantes sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e podem justificar a exasperação da pena-base.

Assim, com base no princípio do livre convencimento motivado, por força do quadro fático-probatório que envolve o tráfico de drogas e da aplicação do princípio da especialidade, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação e escolher a fração que considerar razoável para aplicar ao caso concreto.

Por esse motivo, a revisão da dosimetria da pena pelo Superior Tribunal de Justiça só é admitida em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou de abuso de poder **que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória** (AgRg no REsp n. 1.492.977/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 24/3/2021; e AgRg no HC n. 644.934/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 15/3/2021).

Ressalte-se que, na ausência de previsão legal, o STJ sedimentou a orientação de que a exasperação da pena-base na fração de 1/6 para cada circunstância judicial valorada negativamente atende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (HC n. 458.799/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 10/12/2018).

Todavia, com base no princípio do livre convencimento motivado, ainda que valorado um único vetor, considerada sua preponderância, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação da pena-base em fração superior se considerar expressiva a quantidade da droga, sua diversidade e/ou natureza (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

No presente caso, o Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação da defesa para fixar a pena-base em 7 anos de reclusão e em 700 dias-multa, valorando apenas a expressiva quantidade de entorpecente apreendida (175,476kg de maconha). Para tanto, adotou a seguinte fundamentação (fl. 1.085):

Ademais, para fixação da pena-base, deve-se levar em conta as circunstâncias do art. 59 do CP e o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, atinente à natureza e variedade das substâncias apreendidas. Se foi apreendida grande quantidade de drogas - maconha com peso total de 175kg476g -, entendo ser possível a exasperação da pena-base.

Levando em consideração a presença de 01 (uma) circunstância judicial desfavorável, salientando, ainda, que foi apreendida exorbitante quantidade de drogas, mostra-se razoável a fixação da pena-base no patamar de 07 (sete)anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na hipótese, de modo fundamentado, a pena-base foi exasperada em 2 anos e em 200 dias-multa, tendo em vista a expressiva quantidade de entorpecente apreendida – 175,476kg de maconha –, não se evidenciando a ilegalidade suscitada pelo ora agravante.

Portanto, no caso, a persuasão racional dos julgadores para majorar a pena-base para 7 anos de reclusão em razão da expressiva quantidade de entorpecente apreendida não revela flagrante ilegalidade.

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

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA

Número Registro: 2021/0340382-9

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no  
HC 701.880 / MG  
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 13961103220188130024

EM MESA

JULGADO: 08/02/2022

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : ANDRE MARTINO DOLABELA CHAGAS  
ADVOGADO : ANDRE MARTINO DOLABELA CHAGAS - MG197707  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
PACIENTE : MAYCON GUILHERME SILVA GANGANA (PRESO)  
CORRÉU : SABRINA MAYARA SALES SOUZA  
CORRÉU : KENIA CAROLINA ALVARENGA MARTINS  
CORRÉU : DAVID FELIPE BARROSO DEUSDEDIT  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 : MAYCON GUILHERME SILVA GANGANA (PRESO)  
ADVOGADO : ANDRE MARTINO DOLABELA CHAGAS - MG197707  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**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 Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 700549 - SC (2021/0331959-9)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : LUIS HENRIQUE SANTOS ARAUJO (PRESO)  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**INTERES.** : ANDERSON PAULINO DOS SANTOS (PRESO)  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPE CENTES. REGIME MAIS GRAVOSO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. DECISÃO FUNDAMENTADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena ao considerar a natureza ou a quantidade da droga ou outros elementos que evidenciem a maior gravidade da prática delitiva, desde que fundamente sua decisão.

2. 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de fevereiro de 2022.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 700549 - SC (2021/0331959-9)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : LUIS HENRIQUE SANTOS ARAUJO (PRESO)  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**INTERES.** : ANDERSON PAULINO DOS SANTOS (PRESO)  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPE CENTES. REGIME MAIS GRAVOSO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. DECISÃO FUNDAMENTADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena ao considerar a natureza ou a quantidade da droga ou outros elementos que evidenciem a maior gravidade da prática delitiva, desde que fundamente sua decisão.

2. Agravo regimental desprovido.

### RELATÓRIO

LUIS HENRIQUE SANTOS ARAUJO interpõe agravo regimental contra a decisão de fls. 864-869, que não conheceu do *habeas corpus* impetrado em seu favor, mas concedeu a ordem de ofício para redimensionar as penas impostas aos pacientes para o crime de tráfico, mantendo os demais termos do acórdão recorrido proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n. 5001646-49.2021.8.24.0011).

Em primeiro grau, o agravante foi condenado às penas de 8 anos e 4 meses de reclusão em regime inicial fechado e de 1.399 dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, em concurso material, na forma do art. 69, *caput*, do Código Penal.

O Tribunal de origem desproveu o recurso de Anderson e deu parcial provimento ao recurso de Luiz Henrique apenas para reduzir os dias-multa a 1.200 dias-multa e fixar a pena final em 8 anos de reclusão, mantidos os demais termos da sentença.

A dosimetria da pena restou fixada nos seguintes termos: para o crime de tráfico, na primeira fase, a pena-base foi exasperada em 1/6 diante da quantidade, variedade e nocividade dos entorpecentes

apreendidos (14,7g de maconha, 0,35g de *crack* e 2,6g de cocaína); na segunda fase, ausentes agravantes e reconhecida a atenuante da menoridade relativa, retornando a pena ao mínimo legal; e, na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena e afastado o tráfico privilegiado.

A decisão ora agravada não conheceu do *writ*, mas concedeu a ordem de ofício para afastar a valoração negativa da natureza, variedade e quantidade da droga, reduzindo assim a pena-base para o mínimo legal e redimensionar as penas impostas ao ora agravante para o crime de tráfico para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão recorrido.

Nas razões deste recurso, o agravante impugna apenas a manutenção do regime inicial fechado. Sustenta que, diante da pena imposta – 8 anos de reclusão –, pode ser fixado o regime inicial semiaberto.

Aduz o regime de cumprimento de pena mais gravoso teve como fundamento a gravidade em abstrato do delito, sendo que o agravante é primário e possui circunstâncias judiciais favoráveis.

Requer a reconsideração da decisão agravada para que seja fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda; caso não haja retratação, requer seja o julgamento submetido à turma.

O Ministério Público de Santa Catarina e o Ministério Público Federal manifestaram-se pelo desprovimento do agravo regimental (fls. 886-891 e 893-894).

É o relatório.

## VOTO

A decisão agravada deve ser mantida.

Com relação ao regime inicial de cumprimento de pena, o Tribunal de origem manteve o regime fechado nos seguintes termos (fl. 760):

[...] O regime inicial de cumprimento de pena deve ser mantido no fechado, "*considerando a quantidade de pena aplicada, culpabilidade negativa, além da habitualidade na prática do tráfico de drogas e alto grau de reprovação de suas condutas[...]*" (Evento 106) (CP, art. 33, § 2º, "a", e § 3º).

O art. 33, §§ 2º, *a, b e c*, e 3º, do Código Penal estabelece a regra geral para fixação do regime inicial de cumprimento da pena, pautando-se pela quantidade da reprimenda imposta ao final da dosimetria: a) fechado para a pena superior a 8 anos e, em casos de reincidência, para a pena igual ou inferior a 8 e superior a 4 anos; b) semiaberto para a pena igual ou inferior a 8 e superior a 4 anos, se primário o condenado; e c) aberto para a pena de até 4 anos.

Ainda, nos termos da Súmula n. 269 do STJ, admite-se o regime semiaberto na hipótese de

reincidente condenado a pena igual ou inferior a 4 anos, se a pena-base tiver sido fixada no mínimo legal.

Destaque-se que a escolha do regime fechado com base na hediondez do delito não encontra mais respaldo na jurisprudência das cortes superiores, mormente após a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 pelo Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, o juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena ao considerar a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, especialmente a natureza ou a quantidade da droga, até mesmo sua forma de acondicionamento, desde que fundamente a decisão (AgRg no HC n. 536.415/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 19/8/2020).

É incabível, todavia, a fixação de regime prisional mais gravoso com base apenas na gravidade abstrata do delito, especialmente quando a pena-base foi estabelecida no mínimo legal.

A propósito, confira-se o enunciado da Súmula n. 440 do STJ:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

O STF também possui orientação firmada no mesmo sentido. Vejam-se, respectivamente, as Súmulas n. 718 e 719:

- A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.
- A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No presente caso, em que a condenação aplicada foi de 8 anos de reclusão, a despeito de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, o fato de o paciente dedicar-se à prática do tráfico de drogas (sendo o principal entregador dos narcóticos), tendo sido apreendido com ele, além das drogas (14,7g de maconha, 0,35g de *crack* e 2,6g de cocaína), 2 aparelhos de telefone celular, 1 simulacro de arma de fogo e aproximadamente R\$ 960,00 em espécie e em notas miúdas, que revelam maior gravidade, o que justifica a imposição de regime diverso dos parâmetros previstos no art. 33 do Código Penal, devendo ser mantido o regime inicial fechado fixado na origem.

Portanto, agiu com acerto o Tribunal de origem, não sendo possível a fixação de regime mais brando.

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

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA

Número Registro: 2021/0331959-9

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no  
HC 700.549 / SC  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 004721747 004741335 4721747 4741335 50012507220218240011  
50016464920218240011

EM MESA

JULGADO: 08/02/2022

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
PACIENTE : ANDERSON PAULINÓ DOS SANTOS (PRESO)  
PACIENTE : LUIS HENRIQUE SANTOS ARAUJO (PRESO)  
CORRÉU : ANDRESON JESUS PATATIVA  
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 : LUIS HENRIQUE SANTOS ARAUJO (PRESO)  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
INTERES. : ANDERSON PAULINÓ DOS SANTOS (PRESO)  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

**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 Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) votaram com o Sr. Ministro Relator.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 697817 - SC (2021/0317094-0)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : CINTIA LOESER (PRESO)  
**ADVOGADO** : MARCELO WOJCIECHOWSKI DORNELES DA SILVA - RS078267  
**AGRAVANTE** : JOSIMAR FERREIRA DOS SANTOS (PRESO)  
**ADVOGADO** : MARCELO WOJCIECHOWSKI DORNELES DA SILVA - RS078267  
**AGRAVANTE** : MAICON FLORES (PRESO)  
**ADVOGADO** : MARCELO WOJCIECHOWSKI DORNELES DA SILVA - RS078267  
**AGRAVANTE** : KESIA DOS SANTOS (PRESO)  
**ADVOGADO** : MARCELO WOJCIECHOWSKI DORNELES DA SILVA - RS078267  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. NECESSIDADE DE INCIDÊNCIA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS EVIDENCIADORES DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMININOSA OU DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. REGIME INICIAL. FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.

2. O tratamento legal conferido ao crime de tráfico de drogas traz peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico *saúde pública*, fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos – necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas – para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.

3. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

4. No julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena.

5. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base.

6. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores "natureza e quantidade de drogas apreendidas" para etapas posteriores, já que erigidos ao *status* de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.

7. A natureza e quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

8. O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena ao considerar a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, especialmente a natureza ou a quantidade da droga, até mesmo sua forma de acondicionamento, desde que fundamente a decisão.

9. 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de fevereiro de 2022.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 697817 - SC (2021/0317094-0)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : CINTIA LOESER (PRESO)  
**ADVOGADO** : MARCELO WOJCIECHOWSKI DORNELES DA SILVA - RS078267  
**AGRAVANTE** : JOSIMAR FERREIRA DOS SANTOS (PRESO)  
**ADVOGADO** : MARCELO WOJCIECHOWSKI DORNELES DA SILVA - RS078267  
**AGRAVANTE** : MAICON FLORES (PRESO)  
**ADVOGADO** : MARCELO WOJCIECHOWSKI DORNELES DA SILVA - RS078267  
**AGRAVANTE** : KESIA DOS SANTOS (PRESO)  
**ADVOGADO** : MARCELO WOJCIECHOWSKI DORNELES DA SILVA - RS078267  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. NECESSIDADE DE INCIDÊNCIA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS EVIDENCIADORES DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. REGIME INICIAL. FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.

2. O tratamento legal conferido ao crime de tráfico de drogas traz peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico *saúde pública*, fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos – necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas – para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.

3. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

4. No julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena.

5. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base.

6. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores "natureza e quantidade de drogas apreendidas" para etapas posteriores, já que erigidos ao *status* de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.

7. A natureza e quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

8. O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena ao considerar a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, especialmente a natureza ou a quantidade da droga, até mesmo sua forma de acondicionamento, desde que fundamente a decisão.

9. Agravo regimental desprovido.

## RELATÓRIO

CINTIA LOESER, JOSIMAR FERREIRA DOS SANTOS, MAICON FLORES e KESIA DOS SANTOS interpõe agravo regimental contra a decisão de fls. 423-429, que não conheceu do *habeas corpus*, pois não configurado o constrangimento ilegal na hipótese em que outros elementos, aliados à quantidade de drogas apreendida, foram utilizados para embasar a conclusão de dedicação do agente à atividade criminosa e justificar o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Em primeiro grau, os agravantes foram condenados às penas de 11 anos, 6 meses e 25 dias de reclusão em regime inicial fechado e de 1.790 dias-multa, em razão da prática dos delitos descritos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, c/c o art. 40, V, todos da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo e absolveu os agravantes da prática do delito descrito no art. 35, *caput*, c/c o art. 40, V, ambos da Lei n. 11.343/2006, mas manteve a condenação pelo delito do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, a qual permaneceu em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão em regime inicial fechado e 680 dias-multa.

A decisão agravada afastou o alegado constrangimento ilegal, pois a quantidade e variedade de drogas apreendida com os ora agravantes não foram os únicos fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem para afastar o tráfico privilegiado.

Nas razões do regimental, os agravantes requerem o provimento do recurso para que a reprimenda imposta seja redimensionada, aplicando-se, em seu grau máximo, o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Para tanto, afirmam que estavam na condição de mula do tráfico, além de serem primários, não terem antecedentes criminais e não integrarem organização criminosa.

É o relatório.

## VOTO

O recurso não comporta provimento.

Quanto ao mérito da decisão agravada, observa-se que se ancora em precedentes firmados em dois julgamentos distintos.

O primeiro, originado do RE n. 666.334/AM, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral, em que se consolidou a Tese n. 712, no sentido de que os vetores "**natureza e quantidade de entorpecentes**" **não podem ser utilizados em duas fases da dosimetria da pena.**

O segundo, da decisão proferida no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP pela Terceira Seção, provocada a estancar as inúmeras divergências existentes entre as Turmas criminais do STJ quanto à possibilidade de utilização dos indicados vetores em diferentes fases da dosimetria. Partindo-se das premissas fixadas pelo STF na Tese n. 712, definiu-se a interpretação a ser conferida ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006, estipulando-se a obrigatoriedade de observância daqueles vetores na primeira fase da dosimetria. Confira-se a ementa do julgado:

PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DE PENA. PECULIARIDADES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO PARA RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.

2. Em regra, abre-se espaço, em sua primeira fase, à atuação da discricionariedade ampla do julgador para identificação dos mais variados aspectos que cercam a prática delituosa; os elementos negativos devem ser identificados e calibrados, provocando a elevação da pena mínima dentro do intervalo legal, com motivação a ser necessariamente guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

3. Na estrutura delineada pelo legislador, somente são utilizados para a fixação da pena-base elementos pertencentes a seus vetores genéricos que não tenham sido previstos, de maneira específica, para utilização nas etapas posteriores. Trata-se da aplicação do princípio da especialidade, que impede a ocorrência de *bis in idem*, intolerável na ordem constitucional brasileira.

4. O tratamento legal conferido ao tráfico de drogas traz, no entanto, peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico *saúde pública*, fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos – necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas – para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.

5. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise desses elementos para etapas posteriores, já que erigidos ao *status* de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.

6. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura *bis in idem*, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).

8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente

pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.

9. Na modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena-base.

10. Recurso provido para restabelecimento da sentença. (REsp n. 1.887.511/SP, de minha relatoria, DJe de 1º/7/2021.)

Esse precedente firmou premissas a serem necessariamente observadas pelos julgadores na dosimetria da pena de condenações por tráfico de entorpecentes, **especificamente com relação à natureza e quantidade das drogas apreendidas:**

a) **devem ser valoradas na primeira etapa da dosimetria da pena, pela necessidade de observância dos vetores indicados no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 como preponderantes;**

b) **não podem ser utilizadas concomitantemente na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena;**

c) **supletivamente, podem ser utilizadas na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.**

Ademais, ficou definido que quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não valoradas na primeira etapa, para fixação da pena-base, podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Na hipótese, o Tribunal de origem afastou o tráfico privilegiado não apenas na apreensão de expressiva quantidade de droga (**62,60 kg de cocaína**), mas também nas circunstâncias da prisão, ou seja, **o modus operandi, que revelou a ocultação de expressivo montante de drogas no interior das forrações dos automotores utilizados na empreitada criminosa, motivo pelo qual, a partir desses outros elementos, concluiu pela dedicação dos agentes à atividade criminosa.** Confirmam-se trechos do julgado (fls. 196-198, destaquei):

Na situação dos autos, é impossível desconsiderar o montante apreendido, pois os réus foram flagrados transportando **sessenta e dois quilogramas e sessenta decigramas de pasta base de cocaína** (evento 40 do inquérito policial), sendo certo que se trata de substância com elevado poder vulnerante bem como quantidade vasta e suficiente para atingir inúmeros usuários.

[...]

No mais, postulam os insurgentes o reconhecimento da causa de especial diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Entretanto, as provas produzidas demonstram a dedicação de todos a condutas criminosas, pelo que a pretensão não merece acolhimento.

Afastando a incidência da minorante, o Magistrado de primeiro grau consignou:

Igualmente, descabe reconhecer a modalidade privilegiada do tráfico de entorpecentes no presente feito.

Isso porque, conforme bem tratado acima, os acusados faziam parte de associação ao tráfico, o que, por si só, impede a aplicação da modalidade privilegiada do crime, ainda que sejam primários e de bons antecedentes, pois demonstra a dedicação às atividades delituosas. Ademais, não bastasse o envolvimento em associação criminosa, ressalta-se que restou ausente prova suficiente da ocupação lícita dos acusados, o que, igualmente, mingua as chances de reconhecer a modalidade privilegiada do tráfico, visto que necessário se faz que os acusados preencham concomitantemente os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. A referida situação, aliás, também impede que sejam reconhecidos como meras "mulas" (sic, evento 220).

Feito o registro, assinala-se que as circunstâncias expressas no aludido dispositivo – primariedade, bons antecedentes e ausência de dedicação a atividades criminosas ou participação em organização criminosa – constituem prismas de análise para a aplicação, ou não, do benefício.

A realidade retratada no caderno processual, no entanto, vai de encontro àqueles pressupostos, porquanto as circunstâncias que permearam o proceder, tal qual **as narrativas das testemunhas - inclusive as da defesa, as quais relataram o labor dos réus com divergências, mostram que este não foi um fato isolado em suas vidas e, portanto, indicam seguramente a dedicação a atividades criminosas, o que, por si só, impede a incidência da benesse à hipótese em apreço.**

Aliás, não passa despercebido que, **além do expressivo montante de tóxico apreendido, este foi alocado de forma bastante oculta no interior das forrações dos automotores utilizados na empreitada criminosa, conjuntura que demonstra a experiência dos acusados na atividade espúria.**

Aplicando as balizas indicadas no julgamento da Terceira Seção ao caso concreto, reitera-se que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas não são elementos aptos por si sós para afastar o redutor, previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, entretanto, **as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas dos autos, conjugaram com outras circunstâncias do caso, que, juntas, caracterizam a dedicação dos agravantes à atividade criminosa.**

Portanto, é inviável em *habeas corpus* apreciar alegações referentes ao tráfico privilegiado se as instâncias ordinárias consideraram que não houve demonstração do preenchimento dos requisitos legalmente fixados para a concessão do benefício com base na análise do acervo probatório e de modo fundamentado e decidiram pelo seu afastamento. E para infirmar as conclusões do Tribunal *a quo* seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, providência que não se adequa à via estreita do *habeas corpus*.

Em relação ao regime inicial, o Tribunal local fixou o regime inicial do cumprimento da pena nos seguintes termos (fl. 199, destaquei):

Neste quadro, apesar de os castigos corporais de reclusão impostas aos incriminados não haverem sido dimensionadas em montante superior a oito anos, o que, se considerado de maneira isolada, autorizaria a estipulação do modo semiaberto para os correspondentes resgates iniciais, **constata-se a valoração negativa das circunstâncias ditas judiciais do art. 42 da norma de regência, o que os sujeita ao cumprimento inaugural das reprimendas no regime prisional fechado.**

O art. 33, §§ 2º, *a*, *b* e *c*, e 3º, do Código Penal estabelece a regra geral para fixação do regime inicial de cumprimento da pena, pautando-se pela quantidade da reprimenda imposta ao final da

dosimetria: a) fechado para a pena superior a 8 anos e, em casos de reincidência, para a pena igual ou inferior a 8 e superior a 4 anos; b) semiaberto para a pena igual ou inferior a 8 e superior a 4 anos, se primário o condenado; e c) aberto para a pena de até 4 anos.

A escolha do regime fechado com base na hediondez do delito não encontra mais respaldo na jurisprudência das cortes superiores, mormente após a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 pelo Supremo Tribunal Federal.

O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena desde que fundamente concretamente.

É incabível, todavia, a fixação de regime prisional mais gravoso com base apenas na gravidade abstrata do delito, especialmente quando a pena-base foi estabelecida no mínimo legal.

A propósito, confira-se o enunciado da Súmula n. 440 do STJ:

- Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

O STF também possui orientação firmada no mesmo sentido. Vejam-se, respectivamente, as Súmulas n. 718 e 719:

- A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

- A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No presente caso, em que a condenação aplicada foi de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, **o Tribunal de origem considerou a quantidade e a natureza da droga apreendida (62,60 kg de cocaína)**, o que justifica a imposição de regime diverso dos parâmetros previstos no art. 33 do Código Penal, devendo, portanto, ser **mantido o regime** inicial fechado, fixado na origem.

Portanto, agiu com acerto o Tribunal de origem, não sendo possível a fixação de regime mais brando.

Por fim, visto que os agravantes não apresentaram argumento novo capaz de infirmar o *decisum* impugnado, mantenho a decisão.

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

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0317094-0

**AgRg no  
HC 697.817 / SC  
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 50003895320218240022 50007220520218240022

EM MESA

JULGADO: 08/02/2022

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : MARCELO WOICIECHOWSKI DORNELES DA SILVA  
ADVOGADO : MARCELO WOJCIECHOWSKI DORNELES DA SILVA - RS078267  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
PACIENTE : CINTIA LOESER (PRESO)  
PACIENTE : JOSIMAR FERREIRA DOS SANTOS (PRESO)  
PACIENTE : MAICON FLORES (PRESO)  
PACIENTE : KESIA DOS SANTOS (PRESO)  
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 : CINTIA LOESER (PRESO)  
AGRAVANTE : JOSIMAR FERREIRA DOS SANTOS (PRESO)  
AGRAVANTE : MAICON FLORES (PRESO)  
AGRAVANTE : KESIA DOS SANTOS (PRESO)  
ADVOGADO : MARCELO WOJCIECHOWSKI DORNELES DA SILVA - RS078267  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

**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 Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 694751 - SC (2021/0301451-4)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : CARLOS EDUARDO CRUZ (PRESO)  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. RECURSO DESPROVIDO. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A aplicação do princípio da insignificância, segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, demanda a verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, considerando-se: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a inexistência de periculosidade social na ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. Inviável a aplicação do princípio da insignificância quando constatada a habitualidade criminosa do réu, pois fica evidenciada a reprovabilidade do comportamento.

3. Inaplicável o princípio da insignificância quando o valor dos bens furtados não é considerado ínfimo por superar o parâmetro de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos, critério utilizado pelo STJ para aferir a relevância da lesão patrimonial.

4. A prisão preventiva é cabível mediante decisão fundamentada em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312, 313 e 315 do Código de Processo Penal.

5. Estando a manutenção da prisão preventiva justificada de forma fundamentada e concreta, pelo preenchimento dos requisitos do art. 312 do CPP, é incabível a substituição por medidas cautelares mais brandas.

6. 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de fevereiro de 2022.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 694751 - SC (2021/0301451-4)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : CARLOS EDUARDO CRUZ (PRESO)  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. RECURSO DESPROVIDO. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A aplicação do princípio da insignificância, segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, demanda a verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, considerando-se: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a inexistência de periculosidade social na ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. Inviável a aplicação do princípio da insignificância quando constatada a habitualidade criminosa do réu, pois fica evidenciada a reprovabilidade do comportamento.

3. Inaplicável o princípio da insignificância quando o valor dos bens furtados não é considerado ínfimo por superar o parâmetro de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos, critério utilizado pelo STJ para aferir a relevância da lesão patrimonial.

4. A prisão preventiva é cabível mediante decisão fundamentada em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312, 313 e 315 do Código de Processo Penal.

5. Estando a manutenção da prisão preventiva justificada de forma fundamentada e concreta, pelo preenchimento dos requisitos do art. 312 do CPP, é incabível a substituição por medidas cautelares mais brandas.

6. Agravo regimental desprovido.

### RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por CARLOS EDUARDO CRUZ contra a decisão de fls. 235-238 que não conheceu do habeas corpus, ficando prejudicado o pedido liminar.

Consta dos autos que o agravante foi preso em flagrante, em 7/8/2021, por suposta prática do delito descrito no art. 155, § 4º, II, do CP, e teve sua prisão convertida em preventiva a pedido do Ministério Público (fl. 92).

O decreto prisional fundou-se nos indícios suficientes de autoria, nas imagens que revelam o paciente na conduta delitativa e na reincidência e em outras condenações por crime contra o patrimônio (fl. 81).

Nas razões do presente agravo regimental, a defesa alega que estão ausentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, sendo viável a sua substituição por medidas cautelares diversas da prisão.

Requer o provimento do agravo regimental.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina e o Ministério Público Federal manifestaram-se pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

### VOTO

A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

A despeito das alegações do recorrente, verifica-se que, de fato, foi devidamente demonstrado o preenchimento dos requisitos do art. 312 do CPP, não sendo recomendável, no caso, a aplicação de medida cautelar referida no art. 319 do CPP.

Nesse sentido, confira-se manifestação do Tribunal *a quo* (fls. 225-226, destaquei):

A matéria não pode ser conhecida por esta Corte, pois os argumentos referem-se ao mérito da ação penal, exigindo uma incursão aprofundada na prova, sabidamente inviável na via estreita do *writ*.

Nesse sentido é o entendimento desta Corte:

**HABEAS CORPUS. DOIS DELITOS DE FURTO QUALIFICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA [ART. 155, §4º, II, III E IV, C/C ART. 71, AMBOS DO CP]. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. DECRETAÇÃO 2. PEDIDO DA PRISÃO PREVENTIVA. INSURGÊNCIA. PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. QUESTÃO DE MÉRITO. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE POSTERGOU A ANÁLISE DA SÚPLICA PARA O FINAL DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. TESE NÃO COMPROVADA DE PLANO. IMPOSSIBILIDADE DE INCURSÃO NO MÉRITO DA AÇÃO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO E CONDIÇÕES DO AGENTE [REINCIDENTE EM CRIMES PATRIMONIAIS] QUE NÃO PERMITEM O ACOLHIMENTO DO PLEITO NESTE MOMENTO. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO.[...] (Habeas Corpus n. 4000565-23.2018.8.24.0000, de Araranguá, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 01/03/2018 - grifou-se).**

**HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, INC. IV, DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM RAZÃO DA INSIGNIFICÂNCIA DA CONDUTA. INVIABILIDADE. QUESTÃO NÃO SUBMETIDA AO JUÍZO SINGULAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ADEMAIS, NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. WRIT NÃO CONHECIDO (Habeas Corpus n. 4000625-59.2019.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Quarta Câmara Criminal, j. 31-01-2019, grifou-se).**

Tal como desta Câmara:

**HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA - PRÁTICA, EM TESE, DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 155, § 4º, I, C/ 14, II, DO CP E 307 DO CP PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA - AVENTADA**

*ATIPICIDADE MATERIAL DIANTE DA POSSÍVEL APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA BEM COMO DO COMETIMENTO DO DELITO POR ESTADO DE NECESSIDADE (FURTO FAMÉLICO) - MATÉRIAS AFETAS AO MÉRITO DA AÇÃO PENAL - NÃO CONHECIMENTO - DECISÃO FUNDAMENTADA NA NECESSIDADE DE GARANTIR-SE A ORDEM PÚBLICA E ASSEGURAR-SE A APLICAÇÃO DA LEI PENAL - PACIENTE MULTIRREINCIDENTE ESPECÍFICO, QUE RESPONDE A AÇÃO SUSPensa PELO ART. 366 DO CPP E AINDA APRESENTA NOME FALSO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL - AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. "A necessidade de fazer cessar a prática delitativa é fundamento hábil para justificar a decretação da prisão cautelar, quando se constata que o réu é reincidente, possuidor de maus antecedentes, e acusado da prática de diversos crimes contra o patrimônio" (STJ, Min. Jorge Mussi). "É viável a decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal se o paciente responde a outro processo criminal suspenso sob as condições do art. 366 do Código de Processo Penal. A tentativa de se furtar à persecução penal revela a periculosidade social do agente flagrado durante a suposta prática denovo delito" (TJSC, Des. Rodrigo Collaço). FIXAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP - INSUFICIÊNCIA, NO CASO - OFENSA AO ART. 93, IX, DA CF NÃO CONFIGURADA. "Incabível a aplicação de cautelares diversas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal quando a segregação encontra-se justificada para acautelar o meio social, diante da gravidade efetiva dos delitos" (STJ, Min. Jorge Mussi). WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E ORDEM DENEGADA (Habeas Corpus n. 4003001-18.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 12/02/2019 - grifou-se).*

De mais a mais, não se vislumbra flagrante ilegalidade que mereça ser corrigida de ofício por esta Corte. Em breves linhas, ainda que a res não seja de elevado valor, o paciente ostenta múltiplas condenações por crimes patrimoniais.

Isso porque, "o princípio da insignificância não objetiva resguardar condutas habituais juridicamente desvirtuadas, pois comportamentos contrários à lei, ainda que isoladamente irrisórios, quando transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida, perdem a característica da bagatela e devem sujeitar-se ao direito penal. **Hipótese em que, conquanto o valor do bem não supere os 10% do salário mínimo vigente à época do delito, critério que esta Corte definiu como parâmetro objetivo para a aplicação do referido princípio, a dupla reincidência específica do paciente, consoante se verifica de sua folha de antecedentes criminais, a indicar a habitualidade criminosa, impossibilita o trancamento da ação penal pela incidência do princípio da insignificância (HC 399.467/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017)".**

Logo não há como qualificar, de pronto, como mínima a reprovabilidade da conduta do paciente.

No tocante aos requisitos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal, ao que consta da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, existem provas da materialidade e indícios suficientes da autoria do delito imputado, justificando -se a prisão pela necessidade de garantir a ordem pública, especialmente em razão do risco de reiteração.

Com efeito, não há carência nem inidoneidade na fundamentação da decisão que manteve a prisão preventiva do agravante pela prática do crime previsto no art. art. 155, § 4º, II, do CP (furto qualificado) quando o acusado ostenta reincidência por idêntica prática do delito.

A propósito, a existência de maus antecedentes e a reincidência justificam a imposição de prisão preventiva como forma de evitar a reiteração delitativa e, assim, garantir a ordem pública (AgRg no HC n. 591.246/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 22/9/2020; e AgRg no HC n. 602.616/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 3/9/2020).

Com efeito, os vetores para a incidência do princípio da insignificância são: (a) nenhuma periculosidade social da ação; (b) mínima ofensividade da conduta do agente; (c) inexpressividade da lesão jurídica causada; e (d) ausência de reprovabilidade do fato (STF, HC n. 94.931/PR).

Contudo, não se fazem presentes no caso concreto.

Primeiro, porque o valor da res furtiva não constitui o único elemento a ser sopesado para aplicação do princípio da insignificância, devendo-se ter em conta outros aspectos, como as condições pessoais da acusada (STF, RHC n. 146304 AgR/MS) e o contexto geral da prática delitiva.

Segundo, devido a agravante praticar, de forma reiterada, o fato típico narrado na exordial. Em tal perspectiva, vislumbra-se a lesividade social da conduta, sendo o comportamento narrado na denúncia de prática habitual da ré – que fez dos delitos patrimoniais, seu meio de vida.

A propósito, colhe-se da jurisprudência do STJ que "o princípio da insignificância não objetiva resguardar condutas habituais juridicamente desvirtuadas, pois comportamentos contrários à lei, ainda que isoladamente irrisórios, quando transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida, perdem a característica da bagatela e devem sujeitar-se ao Direito Penal" (HC 399.467/SP, relator Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 30/6/2017).

Não obstante, mesmo que se partisse da equivocada premissa de considerar apenas o valor do objeto subtraído para a análise da aplicação do princípio da insignificância, o valor da res subtraída não é ínfimo ou irrelevante, especialmente, para fins penais, mormente quando o objeto do furto supera 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Assim, o significativo decréscimo patrimonial proporcionado pela subtração, ainda que recuperada a res, obsta a incidência da excludente, na vertente que trata da expressividade da lesão jurídica.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTOS SIMPLES EM CONTINUIDADE DELITIVA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DA RES NÃO IRRISÓRIO. PARÂMETRO DE 10% DO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATO. SENTENCIADA TÉCNICAMENTE PRIMÁRIA. HISTÓRICO CRIMINAL INDICATIVO DE REITERAÇÃO NA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. HABITUALIDADE. PECULIARIDADES DO CASO QUE DEMONSTRAM A ACENTUADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. - O princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, observando-se a presença de certos vetores, como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC n. 98.152/MG, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 5/6/2009). - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao examinar conjuntamente os HC n. 123.108/MG, 123.533/SP e 123.734/MG, todos de relatoria do Ministro Roberto Barroso, definiu que a incidência do princípio da bagatela deveria ser feita caso a caso (Informativo n. 793/STF). - Nessa linha, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 221.999/RS, DJe 10/12/2015, estabeleceu que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade, no caso concreto, da verificação de uma medida socialmente recomendável. - No caso, não deve ser aplicado o princípio da insignificância, porque o valor do objeto dos delitos, ainda que considerado cada furto isoladamente, ultrapassa o parâmetro prudencial de 10% do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos (Salário mínimo de 2014 - R\$ 724,00). - A extensa Folha de Antecedentes Criminais da agravante, ostentando a prática de vários crimes contra o patrimônio, e até mesmo, com a anotação de uma condenação transitada em julgado, também é circunstância impeditiva ao reconhecimento da insignificância, dado o elevado grau de reprovabilidade da sua conduta.- Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 585.451/SC, relator

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 31/8/2020.)

Portanto, tendo a necessidade de prisão cautelar sido exposta de forma fundamentada e concreta, é incabível a substituição por medidas cautelares mais brandas (RHC n. 133.153/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 21/9/2020).

Assim, o agravante não apresentou argumentos capazes de infirmar a decisão recorrida, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

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

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0301451-4

**AgRg no  
HC 694.751 / SC  
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 50167358520218240020 50440098420218240000

EM MESA

JULGADO: 08/02/2022

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
PACIENTE : CARLOS EDUARDO CRUZ (PRESO)  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

**AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : CARLOS EDUARDO CRUZ (PRESO)  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

**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 Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 689066 - DF (2021/0270472-0)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : THIANDERSON MORAIS MOURAO (PRESO)  
**ADVOGADOS** : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DF008161  
DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE. PERSUASÃO RACIONAL. PROPORCIONALIDADE. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGAS APREENDIDAS E MAUS ANTECEDENTES. MAJORANTE ART. 40, VI, DA LEI N. 11.343/2006. ENVOLVIMENTO ADOLESCENTE. INVIABILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em *habeas corpus* somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena.

3. Na primeira fase da dosimetria da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e podem justificar a exasperação da pena-base.

4. Na ausência de previsão legal, a exasperação da pena-base na fração de 1/6 para cada circunstância judicial valorada negativamente atende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

5. É inviável em *habeas corpus* apreciar alegações referentes à comprovação de envolvimento de adolescente no crime de tráfico de drogas se a instância ordinária considerou presente a majorante prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, com base na análise do acervo probatório.

6. 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de fevereiro de 2022.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 689066 - DF (2021/0270472-0)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : THIANDERSON MORAIS MOURAO (PRESO)  
**ADVOGADOS** : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DF008161  
DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE. PERSUASÃO RACIONAL. PROPORCIONALIDADE. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGAS APREENDIDAS E MAUS ANTECEDENTES. MAJORANTE ART. 40, VI, DA LEI N. 11.343/2006. ENVOLVIMENTO ADOLESCENTE. INVIABILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em *habeas corpus* somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena.

3. Na primeira fase da dosimetria da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e podem justificar a exasperação da pena-base.

4. Na ausência de previsão legal, a exasperação da pena-base na fração de 1/6 para cada circunstância judicial valorada negativamente atende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

5. É inviável em *habeas corpus* apreciar alegações referentes à comprovação de envolvimento de adolescente no crime de tráfico de drogas se a instância ordinária considerou presente a majorante prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, com base na análise do acervo probatório.

6. Agravo regimental desprovido.

### RELATÓRIO

THIANDERSON MORAIS MOURÃO interpõe agravo regimental contra a decisão de fls. 435-438, que não conheceu do *habeas corpus* impetrado em seu favor, no qual fora apontado como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Apelação criminal n. 0726671-49.2020.8.07.0001).

Em primeiro grau, o paciente foi condenado às penas de 8 anos e 2 meses de reclusão em regime fechado e de 816 dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

Na dosimetria, em razão da quantidade de entorpecente apreendida e de sua nocividade – 15,10g de *crack* – bem como diante da presença de maus antecedentes, a pena-base foi fixada em 6 anos de reclusão e em 600 dias-multa. Foi agravada em 1 ano de reclusão e em 100 dias-multa, em razão da reincidência. Na terceira fase, foi majorada em 1/6, diante da aplicação do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006. Por fim, foi afastado o tráfico privilegiado em razão da reincidência específica.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso.

A decisão agravada não reconheceu o alegado constrangimento ilegal quanto à exasperação da pena-base em decorrência da quantidade de entorpecente apreendida e diante da presença de maus antecedentes, além de destacar que o acolhimento da tese de que não foi comprovado que o adolescente estava envolvido no crime implicaria revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com a estreita via do *habeas corpus*.

Nas razões deste recurso, o agravante sustenta que a majoração da pena-base se deu mediante fundamentação inidônea, pois a quantidade de drogas apreendida não justifica o aumento, tendo a Corte *a quo* se pautado exclusivamente pela natureza da substância, o que está em desacordo com as premissas legais.

Defende o afastamento da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, porquanto, para sua incidência, o tráfico deve envolver ou visar atingir criança ou adolescente. Aduz, assim, que o fato de a droga ter sido apreendida sob o travesseiro no quarto em que residia adolescente não enseja a incidência da referida majorante.

Requer, assim, a reconsideração da decisão ou seja a matéria submetida ao colegiado para acolhimento dos pedidos formulados no *writ*.

O Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios manifestou-se pelo não conhecimento do agravo regimental (fls. 463-465).

É o relatório.

## VOTO

A decisão agravada deve ser mantida.

A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios

previstos abstratamente pelo legislador.

Conforme a orientação jurisprudencial do STJ, o cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão por esta Corte somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena (AgRg no AREsp n. 1.843.362/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 14/5/2021; HC n. 405.765/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 11/10/2017; e AgRg no HC n. 524.277/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 18/5/2020).

Na primeira fase da dosimetria da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, a diversidade e a natureza da droga apreendida, bem como a personalidade e a conduta social do agente, são preponderantes sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e podem justificar a exasperação da pena-base.

Assim, com base no princípio do livre convencimento motivado, por força do quadro fático-probatório que envolve o tráfico de drogas e da aplicação do princípio da especialidade, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação e escolher a fração que considerar razoável para aplicar ao caso concreto.

Por esse motivo, a revisão da dosimetria da pena pelo Superior Tribunal de Justiça só é admitida em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória (AgRg no REsp n. 1.492.977/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 24/3/2021; e AgRg no HC n. 644.934/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 15/3/2021).

Ressalte-se que, na ausência de previsão legal, o STJ sedimentou a orientação de que a exasperação da pena-base na fração de 1/6 para cada circunstância judicial valorada negativamente atende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (HC n. 458.799/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 10/12/2018).

No caso, de modo fundamentado, a pena-base foi exasperada em 1 ano de reclusão e em 100 dias-multa, diante da negativação de duas circunstâncias judiciais, tendo em vista a nocividade do entorpecente apreendido – 15,10g de *crack* – e a presença de maus antecedentes, não se evidenciando a ilegalidade suscitada pelo paciente.

Portanto, a persuasão racional dos julgadores para majorar a pena-base para 6 anos de reclusão diante da presença de maus antecedentes não revela flagrante ilegalidade.

Ademais, o Tribunal *a quo* manteve a condenação pela prática do crime de tráfico de

entorpecentes majorado pelo envolvimento de adolescente. Considerou a Corte de origem o seguinte (fl. 302):

Ao contrário do que afirma a defesa, não restou qualquer dúvida de que o acusado se valia do quarto do adolescente para armazenar o entorpecente. Mais precisamente, embaixo do travesseiro do menor.

Ainda que o adolescente não colaborasse na difusão do entorpecente, ele estava deveras envolvido no ambiente de traficância, uma vez que seu quarto era usado como o depósito da droga.

Ademais, a incidência da causa de aumento não decorre da conclusão de que o menor participava da difusão ilícita, mas de que o tráfico atingiu o adolescente de qualquer forma.

Assim, o acolhimento da tese de que não foi comprovado que o adolescente estava envolvido no crime somente pelo fato de a droga ter sido apreendida sob o travesseiro no quarto em que residia implicaria revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com a estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido, confirmam-se precedentes:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. [...]. AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO.[...]CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

6. Concluído pelas instâncias ordinárias, com amparo nas provas colhidas dos autos, que a prática delitiva pelo agente envolveu menor de idade, já que enviava as drogas por meio dos correios à residência do adolescente, a alteração desse entendimento - a fim de afastar a incidência da causa de aumento do art. 40 VI, da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

[...]

8. *Habeas corpus* não conhecido. (HC n. 645.844/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 16/4/2021.)

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.[...]. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PROTEÇÃO DE VULNERÁVEIS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. [...] *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADO.

[...]

2. Aplica-se a majorante prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06 sempre que criança, adolescente, ou quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação figurar como vítima do delito ou como coautor ou partícipe. Justifica-se o recrudesimento pela maior vulnerabilidade desses indivíduos, suscetíveis ao consumo de entorpecentes ou à cooptação para o exercício do comércio malsão, tendo em vista a reduzida capacidade de discernimento, a inimputabilidade e a particular condição biológica, psíquica, moral e de caráter, ainda em fase prefacial de formação.

3. Na hipótese, o Colegiado estadual consignou, com base nas provas e fatos constantes dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso VI, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada, porquanto a empreitada criminosa teria envolvido adolescentes. Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*, tendo em vista os estreitos lindes deste átrio processual.

[...]

6. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegado. (HC n. 411.340/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 26/2/2018.)

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

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0270472-0

**AgRg no  
HC 689.066 / DF  
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 07266714920208070001 20200110059898 7266714920208070001

EM MESA

JULGADO: 08/02/2022

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL  
ADVOGADOS : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DF008161  
DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS  
TERRITÓRIOS  
PACIENTE : THIANDERSON MORAIS MOURAO (PRESO)  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

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 : THIANDERSON MORAIS MOURAO (PRESO)  
ADVOGADOS : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DF008161  
DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS  
TERRITÓRIOS

**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 Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) votaram com o Sr. Ministro Relator.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS N° 658848 - SP (2021/0105772-0)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : GUILHERME SANTIN MARTINI  
**ADVOGADOS** : SÉRGIO LUIZ DE ALMEIDA PEDROSO - SP074389  
ANDRÉ LUÍS CERINO DA FONSECA E OUTROS - SP225178  
THIAGO FELÍCIO DE OLIVEIRA LIMA - SP400794  
AMANDA BORGES MARUYAMA - SP414506  
GABRIEL VINICIUS DUCATTI DE TOLEDO - SP450623  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. NECESSIDADE DE INCIDÊNCIA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS EVIDENCIADORES DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.

2. O tratamento legal conferido ao crime de tráfico de drogas traz peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico *saúde pública*, fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos – necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas – para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.

3. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

4. No julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena.

5. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base.

6. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores "natureza e quantidade de drogas apreendidas" para etapas posteriores, já que erigidos ao

*status* de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.

7. A natureza e quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

8. 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de fevereiro de 2022.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS N° 658848 - SP (2021/0105772-0)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : GUILHERME SANTIN MARTINI  
**ADVOGADOS** : SÉRGIO LUIZ DE ALMEIDA PEDROSO - SP074389  
ANDRÉ LUÍS CERINO DA FONSECA E OUTROS - SP225178  
THIAGO FELÍCIO DE OLIVEIRA LIMA - SP400794  
AMANDA BORGES MARUYAMA - SP414506  
GABRIEL VINICIUS DUCATTI DE TOLEDO - SP450623  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. NECESSIDADE DE INCIDÊNCIA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS EVIDENCIADORES DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.

2. O tratamento legal conferido ao crime de tráfico de drogas traz peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico *saúde pública*, fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos – necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas – para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.

3. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

4. No julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena.

5. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base.

6. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores "natureza e quantidade de drogas apreendidas" para etapas posteriores, já que erigidos ao

*status* de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.

7. A natureza e quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

8. Agravo regimental desprovido.

## RELATÓRIO

GUILHERME SANTIN MARTINI interpõe agravo regimental contra a decisão de fls. 247-251, que não conheceu do *habeas corpus*, pois não configurado constrangimento ilegal na hipótese em que outros elementos, aliados à quantidade de drogas apreendida, foram utilizados para embasar a conclusão de dedicação do agente à atividade criminosa e justificar o afastamento da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Em primeiro grau, o ora agravante foi condenado, juntamente com outros 2 corréus, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão no regime fechado e de 583 dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006. A pena-base foi exasperada diante da valoração negativa da quantidade e da variedade de entorpecentes (**21,02g de crack, 376,7g de cocaína e 11g de maconha**), foi atenuada diante da menoridade relativa, majorada em 1/6 na terceira fase da dosimetria, tendo sido afastado o tráfico privilegiado em razão da quantidade de drogas, do concurso de agentes e do *modus operandi* de prática delitiva. O Tribunal de origem manteve integralmente a sentença.

A decisão agravada afastou o alegado constrangimento ilegal, pois a quantidade e variedade de drogas apreendidas com o ora agravante não foram o único fundamento utilizado pelo Tribunal de origem para afastar o tráfico privilegiado.

Nas razões do regimental, o agravante requer o provimento do recurso para que a reprimenda que lhe foi imposta seja redimensionada, fixando-se a pena-base no mínimo legal e aplicando-se, em seu grau máximo, o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Para tanto, afirma que é primário, não tem antecedentes criminais e não integra organização criminosa, aduzindo ainda que foram utilizados fundamentos genéricos para concluir pela dedicação à atividade criminosa.

É o relatório.

## VOTO

O recurso não comporta provimento.

Quanto ao mérito da decisão agravada, observa-se que se ancora em precedentes firmados em dois julgamentos distintos.

O primeiro, originado do RE n. 666.334/AM, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral, em que se consolidou a Tese n. 712, no sentido de que os vetores "**natureza e quantidade de entorpecentes**" **não podem ser utilizados em duas fases da dosimetria da pena.**

O segundo, da decisão proferida pela Terceira Seção no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP provocada a estancar as inúmeras divergências existentes entre as Turmas criminais do STJ quanto à possibilidade de utilização dos indicados vetores em diferentes fases da dosimetria. Partindo-se das premissas fixadas pelo STF na Tese n. 712, definiu-se a interpretação a ser conferida ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006, estipulando-se a obrigatoriedade de observância daqueles vetores na primeira fase da dosimetria.

Esse precedente firmou premissas a serem necessariamente observadas pelos julgadores na dosimetria da pena de condenações por tráfico de entorpecentes, **especificamente com relação à natureza e quantidade das drogas apreendidas:**

a) **devem ser valoradas na primeira etapa da dosimetria da pena, pela necessidade de observância dos vetores indicados no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 como preponderantes;**

b) **não podem ser utilizadas concomitantemente na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena;**

c) **supletivamente, podem ser utilizadas na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.**

Ademais, ficou definido que quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não valoradas na primeira etapa, para fixação da pena-base, podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Aplicando as mencionadas diretrizes ao caso concreto, verifica-se, na condenação imposta ao ora agravante, que a pena-base foi exasperada em 1/6, diante da quantidade de droga apreendida, tendo o Tribunal de origem justificado o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 **não apenas na apreensão de expressiva quantidade e variedade de drogas (21,02g de crack, 376,7g de cocaína e 11g de maconha) mas também no concurso de agentes, no *modus operandi* da prática delitiva e também no fato de ser conhecido no meio policial pelo envolvimento**

**com o tráfico de drogas.** Assim, a partir desses outros elementos, concluiu pela dedicação do agente à atividade criminosa. Confirmam-se trechos do julgado (fls. 32-37, destaquei):

Com efeito, o decreto condenatório exsurge das anêmicas versões defensivas em contraponto da firme e ressonante prova acusatória, dando conta de **que o trio já era conhecido dos meios policiais e contra Guilherme e Maycon pesava denúncia anônima que os apontava como traficantes.** E mais, que Maycon e Jhonny foram abordados juntos, o que foi, inclusive, por eles afirmado, caso em que Jhonny dispensou 28 porções de cocaína, quantidade que claramente se afina com a finalidade comercial. Não bastasse, na residência de Maycon foram apreendidos R\$ 1.000,00, a respeito dos quais o acusado, informalmente, admitiu tratar-se de produto do tráfico vale retomar que a prova defensiva mostrou-se insuficiente à comprovação da origem lícita do dinheiro. Assim, a abordagem dos acusados, juntos, na residência de um deles, a quantidade de droga apreendida e o dinheiro cuja origem lícita não se comprovou bem evidenciam a traficância denunciada e dimensionam o dolo de agir dos agentes, não havendo que falar em fragilidade probatória ou ausência de culpabilidade.

Por sua vez, a integração **de Guilherme com a traficância se extrai das campanhas realizadas pelos milicianos, que o observaram em companhia de Maycon, mormente na utilização dos menores D[...] e J[...] na realização do comércio da droga.** Em sintonia com as palavras dos agentes policiais, tem-se que ambos os adolescentes afirmaram atuar no tráfico de drogas. Acrescenta-se que, **segundo a sólida prova acusatória, Guilherme admitiu informalmente a traficância; ademais, os adolescentes apontaram informalmente Guilherme e Maycon como donos do ponto de venda de entorpecentes no qual atuavam.**

[...]

Arrematando a autoria delitiva dos acusados, é da uníssona prova testemunhal acusatória que a droga apreendida em poder dos adolescentes retoma-se, cooptados por Guilherme e Maycon encontrava-se embalada da mesma forma que aquela apreendida quando da abordagem de Maycon e Jhonny

[...]

Tocante ao corréu **Guilherme, fora ele avistado em campana conduzindo adolescentes para realizarem o tráfico de drogas em ponto conhecido como seu,** o que se sintetiza ao fato de já ser conhecido dos meios policiais, bem como, e principalmente, de se encontrar relacionado com a traficância de grande quantidade de entorpecentes, não se olvidando da natureza variada e por demais perniciosas das drogas, tudo a autorizar a conclusão de dedicação à atividade criminosa.

[...]

E nem se argumente por bis in idem em relação à quantidade e natureza das drogas observadas na exasperação da base, porquanto, nesta terceira etapa, tais circunstâncias não são tomadas como critérios próprios para obstar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, mas, sim, **como elementos de convicção que se sintetizam a outros extraídos dos autos e sustentam, afirmativamente, o entendimento de dedicação à atividade criminosa, este, sim, por lei, critério próprio impeditivo do privilégio**

Portanto, não se constata a existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a atuação *ex officio*.

O entendimento acima está em consonância com a jurisprudência do STJ de que **o fato de o agente ser conhecido nos meios policiais – conclusão que não é passível de reforma por esta Corte por demandar imprescindível reexame de matéria fático probatória – constitui elemento idôneo para evidenciar sua dedicação a atividades criminosas.** Nesse sentido: AgRg no HC n. 560.561/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 17/2/2021; e AgRg no HC n. 656.502/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 3/5/2021.

Dessa forma, aplicando as balizas indicadas no julgamento da Terceira Seção ao caso concreto, reitera-se que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas não são elementos aptos, por si sós, para afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016; entretanto, **as instâncias**

**ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas dos autos, conjugaram-nas com outras circunstâncias do caso, que, juntas, caracterizam a dedicação do agente à atividade criminosa em questão.**

Portanto, é inviável, nesta via, apreciar alegações referentes ao tráfico privilegiado se as instâncias ordinárias, com base na análise do acervo probatório e de modo fundamentado, consideraram que não houve demonstração do preenchimento dos requisitos legais para a concessão do benefício. Para infirmar as conclusões do Tribunal *a quo*, seria necessário revolver o conjunto fático-probatório dos autos, providência inviável em *habeas corpus*.

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

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA

Número Registro: 2021/0105772-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no  
HC 658.848 / SP  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001648420188260599 1648420188260599

EM MESA

JULGADO: 08/02/2022

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : ANDRE LUIS CERINO DA FONSECA E OUTROS  
ADVOGADOS : SÉRGIO LUIZ DE ALMEIDA PEDROSO - SP074389  
ANDRÉ LUÍS CERINO DA FONSECA - SP225178  
THIAGO FELÍCIO DE OLIVEIRA LIMA - SP400794  
AMANDA BORGES MARUYAMA - SP414506  
GABRIEL VINICIUS DUCATTI DE TOLEDO - SP450623  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : GUILHERME SANTIN MARTINI  
CORRÉU : MAYCON LUIZ DE SOUZA SANTOS  
CORRÉU : JHONNY THOMAZ  
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 : GUILHERME SANTIN MARTINI  
ADVOGADOS : SÉRGIO LUIZ DE ALMEIDA PEDROSO - SP074389  
ANDRÉ LUÍS CERINO DA FONSECA E OUTROS - SP225178  
THIAGO FELÍCIO DE OLIVEIRA LIMA - SP400794  
AMANDA BORGES MARUYAMA - SP414506  
GABRIEL VINICIUS DUCATTI DE TOLEDO - SP450623  
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 Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 583662 - SP (2020/0120939-9)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : LUIS MILER SIMAO PINHEIRO (PRESO)  
**ADVOGADO** : TIAGO MACHADO DE PAULA - MG103379  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. NECESSIDADE DE INCIDÊNCIA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS EVIDENCIADORES DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMININOSA OU DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.

2. O tratamento legal conferido ao crime de tráfico de drogas traz peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico *saúde pública*, fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos – necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas – para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.

3. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

4. No julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena.

5. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base.

6. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores "natureza e quantidade de drogas apreendidas" para etapas posteriores, já que erigidos ao *status* de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.

7. A natureza e quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for

conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

8. 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de fevereiro de 2022.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 583662 - SP (2020/0120939-9)

**RELATOR** : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
**AGRAVANTE** : LUIS MILER SIMAO PINHEIRO (PRESO)  
**ADVOGADO** : TIAGO MACHADO DE PAULA - MG103379  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. NECESSIDADE DE INCIDÊNCIA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS EVIDENCIADORES DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMININOSA OU DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.

2. O tratamento legal conferido ao crime de tráfico de drogas traz peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico *saúde pública*, fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos – necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas – para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.

3. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

4. No julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena.

5. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base.

6. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores "natureza e quantidade de drogas apreendidas" para etapas posteriores, já que erigidos ao *status* de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.

7. A natureza e quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for

conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

8. Agravo regimental desprovido.

## RELATÓRIO

LUIS MILER SIMÃO PINHEIRO interpõe agravo regimental contra a decisão de fls. 85-87, que não conheceu do *habeas corpus*, pois não configurado o constrangimento ilegal na hipótese em que outros elementos, aliados à quantidade de drogas apreendida, foram utilizados para embasar a conclusão de dedicação do agente à atividade criminosa e justificar o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Em primeiro grau, o ora agravante foi condenado às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão no regime fechado e de 583 dias- multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso.

A pena-base foi fixada em 7 anos de reclusão e em 700 dias-multa, diante da apreensão de apetrechos relacionados à traficância (balança de precisão, faca de cozinha, adesivos e embalagens plástica) e de expressiva quantidade de drogas (mais de 6kg de maconha, 85,32g de cocaína). Na segunda fase, reconhecida a confissão espontânea, a pena foi reduzida em 1/6 e foi mantido o afastamento do tráfico privilegiado.

O agravante requer a aplicação, em seu patamar máximo, da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, alegando a ausência de indícios de sua dedicação ao tráfico ou de sua participação em organização criminosa, além de ser primário e de ter bons antecedentes.

Pugna pelo redimensionamento da pena e readequação do regime inicial de cumprimento para o aberto e pela substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos.

É o relatório.

## VOTO

O recurso não comporta provimento.

A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o conseqüente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa.

Destaque-se que, no RE n. 666.334/AM, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral, consolidou-se a Tese n. 712, no sentido de que os vetores "**natureza e quantidade de entorpecentes**" **não podem ser utilizados em duas fases da dosimetria da pena.**

Ademais, a Terceira Seção, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de minha relatoria, foi provocada a estancar as inúmeras divergências existentes entre as Turmas criminais do STJ quanto à possibilidade de utilização dos indicados vetores em diferentes fases da dosimetria. Partindo-se das premissas fixadas pelo STF na Tese n. 712, definiu-se a interpretação a ser conferida ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006, estipulando-se a obrigatoriedade de observância daqueles vetores na primeira fase da dosimetria.

Esse precedente firmou premissas a serem necessariamente observadas pelos julgadores na dosimetria da pena de condenações por tráfico de entorpecentes, **especificamente com relação à natureza e quantidade das drogas apreendidas:**

a) **devem ser valoradas na primeira etapa da dosimetria da pena, pela necessidade de observância dos vetores indicados no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 como preponderantes;**

b) **não podem ser utilizadas concomitantemente na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena;**

c) **supletivamente, podem ser utilizadas na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.**

Também ficou definido que quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não valoradas na primeira etapa, para fixação da pena-base, podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Verifica-se, na condenação imposta ao ora agravante, que o afastamento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 fundou-se não apenas na quantidade de drogas apreendida (**mais de 6kg de maconha e 85,32g de cocaína**) mas também em outros elementos, concluindo-se que o agente se dedicava a atividades criminosas, pois com ele também houve a apreensão de certa quantia em dinheiro, balança de precisão e outros apetrechos relacionados ao fracionamento e embalo de entorpecentes. Confira-se trecho do julgado (fl. 48):

No caso, embora o Apelante seja primário e ostente bons antecedentes, comporta maior rigor a reprovação de sua conduta, em especial pelo teor de sua confissão informal, no sentido de que era o responsável pela distribuição da droga no Parque Ribeirão, o que de certa forma se concilia perfeitamente com a quantidade e variedade das drogas apreendidas (108 invólucros plásticos e uma porção sem embalagem, pesando cerca de 522,880g, 03 tijolos pesando cerca de 3.168,94g e 03 tijolos menores, com peso aproximado de 2.467,75g, tudo de maconha, além de 52 *eppendorfs* pesando cerca de 6,29g e uma vasilha metálica com peso aproximado de 79,03g, tudo contendo

cocaína), além da apreensão de apetrechos utilizados no fracionamento e embalagem das drogas e dinheiro de origem ilícita, a indicar que parte das drogas já haviam sido comercializadas, a demonstrar sua dedicação do comércio espúrio, o que inviabiliza a redução das penas.

Portanto, é inviável, nesta via, apreciar alegações referentes ao tráfico privilegiado se as instâncias ordinárias, com base na análise do acervo probatório e de modo fundamentado, consideraram que não houve demonstração do preenchimento dos requisitos legais para a concessão do benefício. Para infirmar as conclusões do Tribunal *a quo*, seria necessário revolver o conjunto fático-probatório dos autos, providência inviável em *habeas corpus*.

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

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2020/0120939-9

**AgRg no  
HC 583.662 / SP  
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15024260920198260530 22762442019

EM MESA

JULGADO: 08/02/2022

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : TIAGO MACHADO DE PAULA  
ADVOGADO : TIAGO MACHADO DE PAULA - MG103379  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : LUIS MILER SIMAO PINHEIRO (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 : LUIS MILER SIMAO PINHEIRO (PRESO)  
ADVOGADO : TIAGO MACHADO DE PAULA - MG103379  
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 Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 662196 - SP (2021/0123640-4)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO** : **LUCAS SANTOS BRANT (PRESO)**  
**ADVOGADOS** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**MURILLO GONÇALVES BENTO - SP389721**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONSTATADO. CAUSAS DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. Ainda que inadequada a impetração de *habeas corpus* em substituição à revisão criminal ou ao recurso constitucional próprio, diante do disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, o STJ considera passível de correção de ofício o flagrante constrangimento ilegal.

2. “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes” (Súmula n. 443 do STJ).

3. Inexistindo fundamentação concreta a respeito dos elementos de fato do caso que justifique a majoração da pena do crime de roubo na fração de 3/8, devido ao uso de arma e ao concurso de agentes, é cabível proceder-se a causa de aumento na fração de 1/3, conforme enunciado da Súmula n. 443 do STJ e do disposto no art. 68, parágrafo único, do CP.

4. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ sobre a matéria suscitada.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de fevereiro de 2022.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 662196 - SP (2021/0123640-4)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO** : **LUCAS SANTOS BRANT (PRESO)**  
**ADVOGADOS** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**MURILLO GONÇALVES BENTO - SP389721**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONSTATADO. CAUSAS DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. Ainda que inadequada a impetração de *habeas corpus* em substituição à revisão criminal ou ao recurso constitucional próprio, diante do disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, o STJ considera passível de correção de ofício o flagrante constrangimento ilegal.

2. “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes” (Súmula n. 443 do STJ).

3. Inexistindo fundamentação concreta a respeito dos elementos de fato do caso que justifique a majoração da pena do crime de roubo na fração de 3/8, devido ao uso de arma e ao concurso de agentes, é cabível proceder-se a causa de aumento na fração de 1/3, conforme enunciado da Súmula n. 443 do STJ e do disposto no art. 68, parágrafo único, do CP.

4. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ sobre a matéria suscitada.

5. Agravo regimental desprovido.

### RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL interpõe agravo regimental contra a decisão que não conheceu do *habeas corpus*, mas concedeu a ordem de ofício para reduzir a fração de aumento da pena na terceira fase da dosimetria.

Alega que o entendimento não merece subsistir, uma vez que, ao contrário do decidido para redimensionar a pena, houve sim a devida fundamentação, o que justifica o emprego da fração de 3/8 na majoração da pena.

Transcreve jurisprudência visando reforçar sua argumentação.

Requer a reconsideração da decisão ou a remessa do agravo interno para julgamento pelo órgão colegiado, revogando-se a concessão da ordem de *habeas corpus*.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo requer seja desprovido o agravo regimental (fls. 102-114).

É o relatório.

### VOTO

O recurso não reúne condições de êxito.

A parte expõe seus argumentos com a finalidade de reforma do julgado monocrático em relação à questão de mérito. Todavia, constata-se que a conclusão adotada está devidamente fundamentada na jurisprudência deste Tribunal, não havendo motivos para alteração do entendimento.

Com efeito, ao contrário do alegado, constatou-se inexistir fundamentação concreta a respeito dos elementos de fato do caso que justificasse a majoração da pena do crime de roubo na fração de 3/8, devido ao uso de arma e ao concurso de agentes. Por essa razão, concluiu-se pelo afastamento da fração mencionada, procedendo-se a causa de aumento na fração de 1/3, conforme enunciado da Súmula n. 443 do STJ e do disposto no art. 68, parágrafo único, do CP.

Repita-se, os fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ sobre a matéria suscitada, razão pela qual deve ser mantida a decisão agravada, cujos fundamentos foram estes (fls. 81-83):

A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao quantum ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

Conforme a orientação jurisprudencial do STJ, o cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em *habeas corpus* somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena (HC n. 405.765/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 11/10/2017; e AgRg no HC n. 524.277/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 18/5/2020).

Registre-se ainda que, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes” (Súmula n. 443 do STJ).

Constata-se que as instâncias ordinárias, na terceira fase da dosimetria, majoraram a pena em 3/8, devido ao uso de arma e ao concurso de agentes, sem expor fundamentação concreta a respeito dos elementos de fato do caso que justificassem o acúmulo das causas de aumento.

Confira-se julgado sobre a questão:

PENAL. HABEAS CORPUSSUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO COM BASE NO DEPOIMENTO DO RÉU E EM PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. OFENSA À SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719 DO STF. DETRAÇÃO. TEMA NÃO ANALISADO PELA

CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, por exigirem revolvimento probatório.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º-A, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há o depoimento do acusado e comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

4. Para infirmar a conclusão das instâncias ordinárias, no sentido do emprego de arma de fogo, seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, providência que não se coaduna com a via do writ.

5. As instâncias ordinárias majoraram a reprimenda em 3/8 em razão da incidência das majorantes do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo, tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar, ainda, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica aumento superior ao mínimo legal de 1/3. Ofensa ao disposto na Súmula 443/STJ.

6. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". De igual modo, as Súmulas 718 e 719 do STF, prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

7. Tratando-se de réu primário ao qual foi imposta pena superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudescimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto.

8. No que se refere à detração do tempo de prisão cautelar, verifica-se que o tema ora deduzido não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta o seu exame por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

9. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, com o fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão, e estabelecer o regime prisional semiaberto para o início do desconto da reprimenda. (HC n. 579.177/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 17/6/2020.)

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

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0123640-4

**AgRg no  
HC 662.196 / SP  
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00101952620168260635 101952620168260635 20180000424496

EM MESA

JULGADO: 15/02/2022

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : LUCAS SANTOS BRANT (PRESO)  
ADVOGADO : MURILLO GONÇALVES BENTO - SP389721  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

**AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : LUCAS SANTOS BRANT (PRESO)  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
MURILLO GONÇALVES BENTO - SP389721  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO 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 Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 686260 - SP (2021/0255293-0)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO** : **JOAO VITOR RODRIGUES MENDES (PRESO)**  
**ADVOGADOS** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
                  : **BRUNA RIGO LEOPOLDI RIBEIRO NUNES - SP224531**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONSTATADO. CAUSAS DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. Ainda que inadequada a impetração de *habeas corpus* em substituição à revisão criminal ou ao recurso constitucional próprio, diante do disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, o STJ considera passível de correção de ofício o flagrante constrangimento ilegal.

2. “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes” (Súmula n. 443 do STJ).

3. Inexistindo fundamentação concreta a respeito dos elementos de fato do caso que justifique o acúmulo das causas de aumento na terceira fase da dosimetria do crime de roubo, é cabível o afastamento da majoração em relação à fração mínima, mantendo-se a causa de aumento em relação à fração de 2/3, conforme o disposto no art. 68, parágrafo único, do CP.

4. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ sobre a matéria suscitada.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de fevereiro de 2022.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 686260 - SP (2021/0255293-0)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO** : **JOAO VITOR RODRIGUES MENDES (PRESO)**  
**ADVOGADOS** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
                  : **BRUNA RIGO LEOPOLDI RIBEIRO NUNES - SP224531**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONSTATADO. CAUSAS DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. Ainda que inadequada a impetração de *habeas corpus* em substituição à revisão criminal ou ao recurso constitucional próprio, diante do disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, o STJ considera passível de correção de ofício o flagrante constrangimento ilegal.

2. “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes” (Súmula n. 443 do STJ).

3. Inexistindo fundamentação concreta a respeito dos elementos de fato do caso que justifique o acúmulo das causas de aumento na terceira fase da dosimetria do crime de roubo, é cabível o afastamento da majoração em relação à fração mínima, mantendo-se a causa de aumento em relação à fração de 2/3, conforme o disposto no art. 68, parágrafo único, do CP.

4. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ sobre a matéria suscitada.

5. Agravo regimental desprovido.

### RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL interpõe agravo regimental contra a decisão que não conheceu do *habeas corpus*, mas concedeu a ordem de ofício, para afastar majorante na terceira fase da dosimetria, reduzindo a pena.

Alega que o entendimento não merece subsistir uma vez que não há flagrante ilegalidade no decreto condenatório apto a autorizar a impetração do presente *writ*.

Valendo-se da jurisprudência, sustenta que inexistente, no presente caso, "*sobreposição do campo de aplicação ou excessividade do resultado*" decorrente da cumulação das frações de aumento.

Aduz que, em diversos trechos da fundamentação da sentença e do acórdão, foi ressaltada a gravidade da conduta e a periculosidade do acusado, havendo, pois, a devida fundamentação na fixação da fração decorrente das causas de aumento da pena, tendo-se respeitado o disposto no art. 68 do Código Penal.

Requer a reconsideração da decisão ou a remessa do agravo interno para julgamento pelo órgão colegiado, no qual, por certo, logrará êxito no provimento do recurso.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo requer seja desprovido o agravo regimental (fls. 183-198).

É o relatório.

### VOTO

O recurso não reúne condições de êxito.

A parte expõe seus argumentos com a finalidade de reforma do julgado monocrático em relação à questão de mérito. Todavia, constata-se que a conclusão adotada está devidamente fundamentada na jurisprudência deste Tribunal, não havendo motivos para alteração do entendimento.

Com efeito, ao contrário do alegado, constatou-se inexistir fundamentação concreta a respeito dos elementos de fato do caso que justificasse o acúmulo das causas de aumento na terceira fase da dosimetria do crime de roubo. Por essa razão, concluiu-se pelo afastamento da majoração em relação à fração mínima, mantendo-se a causa de aumento relativa à fração de 2/3, conforme o disposto no art. 68, parágrafo único, do CP.

Repita-se, os fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ sobre a matéria suscitada, razão pela qual deve ser mantida a decisão agravada, cujos fundamentos foram estes (fls. 159-160):

O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que “o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes” (Súmula n. 443 do STJ).

Também "a jurisprudência do col. Pretório Excelso é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento da parte especial do Código Penal quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta" (AgRg no HC n. 533.743/MT, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 11/5/2020).

Constata-se que as instâncias de origem, na terceira fase da dosimetria da pena, além de majorar a pena em 1/3 pela causa de aumento prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do CP, relativa ao concurso de agentes, majorou-a em 2/3 em face da causa de aumento prevista no inciso I do § 2º-A do art. 157 do CP, concernente ao uso de arma de fogo. Assim o fez sem expor fundamentação concreta a respeito dos elementos de fato do caso que justificassem o acúmulo das causas de aumento.

Dessa forma, deve ser afastada a majoração em relação à fração mínima, mantendo-se a causa de aumento relativa à fração de 2/3, conforme o disposto no art. 68, parágrafo único, do CP.

Confirmam-se os seguintes julgados sobre a questão:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. CONCURSO DE AGENTES, RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA PARA A APLICAÇÃO SUCESSIVA DAS CAUSAS DE AUMENTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. A jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta.

4. No caso, a Corte de origem olvidou-se de motivar a adoção das frações de aumento de forma sucessiva, tendo se limitado a ressaltar a incidência das três majorantes, o que não serve como justificativa para o incremento cumulativo. Nesse contexto, resta evidenciada flagrante ilegalidade na aplicação cumulativa das causas de aumento previstas no art. 157, § 2º e § 2º-A, ambos do Código Penal.

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de limitar o incremento da pena na terceira fase a 2/3, determinando ao Juízo das Execuções que proceda à nova dosagem da pena, com extensão dos efeitos da ordem ao corréu David Almeida Moraes, com fundamento no art. 580 do CPP. (HC n. 583.908/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 23/6/2020.)

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. LEI N.º 13.654/2018. DOSIMETRIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA NO SENTIDO DE SER VEDADO O CÚMULO DE CAUSAS DE AUMENTO DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE QUE SEJA APLICADA APENAS A MAJORANTE DE MAIOR VALOR. IMPROCEDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO CORRETA DO ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO, HAVENDO FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA, NA HIPÓTESE. PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO SOMENTE DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 157, § 2.º-A, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição a recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 12/03/2015).

- A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e a do Supremo Tribunal Federal são no sentido de que o art. 68, Parágrafo Único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento da parte especial do Código Penal quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta.

- Assim, não há ilegalidade flagrante, em tese, na cumulação de causas de aumento da parte especial do Código Penal, sendo razoável a interpretação da lei no sentido de que eventual afastamento da dupla cumulação deverá ser feito apenas no caso de sobreposição do campo de aplicação ou excessividade do resultado (ARE 896.843/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 23/09/2015).

- Contudo, na hipótese ora analisada, as instâncias ordinárias não fundamentaram, concretamente, o cúmulo de causas de aumento, com remissão a peculiaridades do caso em comento, pois o *modus operandi* do delito, como narrado, confunde-se com a mera descrição típica das majorantes reconhecidas, não refletindo especial gravidade.

- Assim, respeitada a proporcionalidade da pena no caso concreto, e a intenção da Lei n. 13.654/2018, afasta-se a majorante do art. 157, § 2.º, inciso II ('A pena aumenta-se de 1/3

(um terço) até metade se há o concurso de duas ou mais pessoas'), aplicando-se apenas a do art. 157, § 2.º-A, inciso I ('A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços)' se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo'), ambas do Código Penal.

*Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda do paciente ao novo patamar de 9 anos e 26 dias de reclusão, e 21 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC n. 472.771/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 13/12/2018.)

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

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0255293-0

**AgRg no  
HC 686.260 / SP  
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15005695220208260542 20210000495216

EM MESA

JULGADO: 15/02/2022

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
BRUNA RIGO LEOPOLDI RIBEIRO NUNES - SP224531  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : JOAO VITOR RODRIGUES MENDES (PRESO)  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

**AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : JOAO VITOR RODRIGUES MENDES (PRESO)  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
BRUNA RIGO LEOPOLDI RIBEIRO NUNES - SP224531  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO 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 Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS N° 649199 - SP (2021/0062995-5)

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : MICHELE ALVES DA SILVA  
**ADVOGADO** : RENAN CONCENTINE LACERDA - SP402427  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ESTELIONATO. DOSIMETRIA DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONSTATADO. AUMENTO DA PENA BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONTINUIDADE DELITIVA. PRÁTICA DO CRIME POR PELOS MENOS 10 VEZES. FRAÇÃO EMPREGADA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. Ainda que inadequada a impetração de *habeas corpus* em substituição à revisão criminal ou ao recurso constitucional próprio, diante do disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, o STJ considera passível de correção de ofício o flagrante constrangimento ilegal.

2. O aumento da pena-base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59 do CP depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos inerentes ao tipo penal.

3. Cabível a exasperação da pena-base quando exposta fundamentação idônea diante da maior reprovabilidade da conduta da ré, que manteve a vítima em erro por tempo considerável, bem como pelas consequências do crime, que extrapolaram aquelas próprias do tipo, já que a vítima não se recuperou do trauma e teve elevado prejuízo financeiro.

4. Inexiste constrangimento ilegal na exasperação da pena na fração de 2/3, pela continuidade delitiva, em razão da prática do crime por pelo menos 10 vezes, na medida em que “o STJ possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações” (AgRg no HC 651.735/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato, Desembargador convocado do TJDF, Quinta Turma, DJe de 24/9/2021).

5. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ sobre a matéria suscitada.

6. 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de fevereiro de 2022.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
Relator