



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 734.250 - SP (2022/0100258-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : EDUARDO HENRIQUE GARCIA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
THAIS GUERRA LEANDRO - SP374557
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. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA ENCONTRADA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, POR SI SÓS, NÃO PERMITEM AFERIR A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A APLICAÇÃO DA MINORANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A mera menção à confissão informal do Acusado, que teria declarado que vinha se dedicando com regularidade ao tráfico de drogas, sem a indicação de outras provas aptas a corroborar essa afirmação, não impede, por si só, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas.

2. A quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, nos termos do entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 1.887.511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Ademais, não foram indicadas outras situações impeditivas da referida causa de diminuição da pena.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 03 de maio de 2022(Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 734.250 - SP (2022/0100258-6)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : EDUARDO HENRIQUE GARCIA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
THAIS GUERRA LEANDRO - SP374557
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

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão de minha lavra, emendada nos seguintes termos (fl. 39):

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA ENCONTRADA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, POR SI SÓS, NÃO PERMITEM AFERIR A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A APLICAÇÃO DA MINORANTE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CABÍVEL O REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA."

Consta dos autos que o Agravado foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, em razão da apreensão de **1,15g de cocaína**.

Contra a sentença a Defesa interpôs apelação, que não foi provida (fls. 30-36).

Nas razões do *habeas corpus*, a Impetrante alegou que não foi apresentada fundamentação idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Afirmou que o aumento operado na primeira fase da dosimetria é desproporcional.

Asseverou que estão presentes os requisitos para a aplicação da minorante do tráfico privilegiado.

Defendeu a fixação de regime prisional mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pugnou pelo redimensionamento da pena, com a fixação do regime aberto e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Subsidiariamente, requereu a fixação do regime inicial semiaberto.

A decisão de fls. 39-47 concedeu a ordem de *habeas corpus* para, reformando o acórdão impugnado, fixar a pena-base no mínimo legal e aplicar a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, reduzindo a pena do Paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido. Também foi fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Neste agravo regimental, o Agravante alega que, *"ao deixar de aplicar a minorante, foi observado exatamente o comando normativo inserto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, pois a natureza da substância entorpecente apreendida, aliadas às circunstâncias da prisão em flagrante, denotam que o paciente dedica-se às atividades criminosas"* (fl. 60).

Aduz que *"o tráfico privilegiado não foi afastado apenas em razão da confissão pelo agravado, mas sobretudo na soma de tal fato com a natureza da droga e circunstâncias da prisão em flagrante, o que denota a dedicação do agravado à atividade criminosa"* (fl. 63).

Requer *"a reconsideração da decisão agravada, ou, em assim não entendendo, que o presente agravo regimental seja submetido ao Colegiado, para que seja provido a fim de que seja afastado o tráfico privilegiado, com a readequação do regime prisional"* (fl. 64).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 734.250 - SP (2022/0100258-6)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA ENCONTRADA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, POR SI SÓS, NÃO PERMITEM AFERIR A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A APLICAÇÃO DA MINORANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A mera menção à confissão informal do Acusado, que teria declarado que vinha se dedicando com regularidade ao tráfico de drogas, sem a indicação de outras provas aptas a corroborar essa afirmação, não impede, por si só, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas.

2. A quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, nos termos do entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 1.887.511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Ademais, não foram indicadas outras situações impeditivas da referida causa de diminuição da pena.

3. Agravo regimental desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A irresignação não prospera.

Ao negar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, o Magistrado singular destacou o seguinte (fl. 27; sem grifos no original):

"Na terceira fase, não há causas de aumento nem de diminuição de pena a serem aplicadas, nem mesmo a do parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, pois o quadro analisado ainda deixou claro não ter se tratado de um tráfico isolado, meramente ocasional ou incipiente a que visa enfocado benefício legal (lembre-se de que o conjunto probatório também mostrou que o réu estava promovendo o tráfico há razoável período de tempo, tanto que os Policiais Militares foram uníssomos em afirmar que ele confessou que assim agia há quase um ano, tendo ainda o PM Ricardo acrescentado que ele era mesmo conhecido nos meios policiais em razão disso, vendendo drogas nas imediações de uma escola e na praça da rodoviária)."

O Tribunal de origem, por sua vez, ressaltou o que se segue (fl. 35; grifos diversos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do original):

"Cuida-se, pois, de faculdade que o julgador usará ou não, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, e não direito subjetivo do acusado. E, na hipótese vertente, tendo em vista as circunstâncias que envolveram a prisão do réu, especialmente a quantidade e o poder devastador do tóxico apreendido (1,15 gramas de cocaína - fls. 34/35 e 180/183), além do dinheiro obtido com o lucro da atividade espúria, fica claro que GARCIA possui sério envolvimento com a máquina criminosa que movimenta o comércio ilícito de narcóticos. Portanto, o recorrente não faz jus ao privilégio."

São condições para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente, de modo que, se não estão preenchidos simultaneamente, não é legítima a aplicação da minorante.

Inicialmente, **reafirmo** que a mera menção à confissão informal do Acusado, que teria declarado que vinha se dedicando com regularidade ao tráfico de drogas, sem a indicação de outras provas aptas a corroborar essa afirmação, não impede, por si só, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas. Além disso, essa declaração nem mesmo foi confirmada em juízo.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
[...]

3. O simples fato de o acusado haver confessado envolvimento pretérito com o tráfico não leva à presunção de que ele se dedique a atividades criminosas ou que seja integrante de organização criminosa.

4. À ausência de fundamento suficiente o bastante para justificar o afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, deve ser aplicado, em favor do acusado, o referido benefício.

5. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 631.791/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 21/09/2021; sem grifos no original.)

Ademais, "[...] sendo primário o acusado e tendo sido pequena a quantidade de entorpecentes apreendidos, além de haver **apenas notícias de que o réu é conhecido nos meios policiais pelo envolvimento com o tráfico**, sem se demonstrar qualquer outro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamento que configure sua dedicação criminosa, necessário o reconhecimento da incidência da causa de diminuição da pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas" (REsp 1.838.235/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 18/11/2019; sem grifos no original).

Outrossim, de acordo com a orientação fixada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do **REsp n. 1.887.511/SP**, **a quantidade e a natureza das drogas apreendidas não são circunstâncias que permitem aferir, por si sós, o grau de envolvimento do Acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas.**

Confira-se a ementa do referido 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.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 1.887.511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2021, DJe 01/07/2021; sem grifos no original.)

Não se olvida que o precedente acima citado da Terceira Seção tem sido relativizado, no que diz respeito à possibilidade de modular o *quantum* de diminuição da minorante do tráfico privilegiado, em razão da natureza e quantidade de drogas, nos termos do julgamento proferido no AgRg no HC 685.184/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 04/10/2021, bem como na linha das seguintes decisões monocráticas: AREsp n. 1.955.819/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, decisão publicada em 29/11/2021; HC n. 701.277/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, decisão publicada em 21/10/2021; AgRg no HC n. 671.387/MG, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1.ª REGIÃO), decisão publicada em 25/11/2021; HC n. 709.378/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, decisão publicada em 01/12/2021.

No entanto, no caso em análise, a natureza do entorpecente apreendido foi considerada pelas instâncias ordinárias na primeira fase da dosimetria e, ainda assim, a ordem foi concedida neste *writ* para fixar a pena-base no mínimo legal, haja vista o pequeno montante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encontrado.

Desse modo, reitero que a causa de diminuição deve incidir no grau máximo na espécie, pois não foram indicadas outras circunstâncias do caso aptas a justificar a fixação de outra fração.

Dessa forma, na ausência de argumento relevante que infirme as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão de fls. 39-47, que redimensionou a pena imposta ao Agravado, reduzindo a reprimenda para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido, e, por conseguinte, fixou o regime inicial aberto e substituiu a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2022/0100258-6

AgRg no
HC 734.250 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15003206420198260598

EM MESA

JULGADO: 03/05/2022

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
THAIS GUERRA LEANDRO - SP374557
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO HENRIQUE GARCIA (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 : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : EDUARDO HENRIQUE GARCIA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
THAIS GUERRA LEANDRO - SP374557
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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.