



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl no HABEAS CORPUS Nº 797326 - SC (2023/0012066-6)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : WALACY LINIKER DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS VALORADAS NEGATIVAMENTE PARA EXASPERAR A PENA-BASE. ENVOLVIMENTO COM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade de drogas apreendidas já foram valoradas negativamente na primeira fase do cálculo dosimétrico para exasperar a pena-base, razão pela qual há de se aplicar efetivamente a fração de 2/3 na terceira fase da dosimetria, sob pena de *bis in idem*.

2. Consoante precedentes, verifica-se nesta Corte a adesão ao posicionamento advindo do Supremo Tribunal Federal – STF, ou seja, a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 27/02/2024 a 04/03/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 04 de março de 2024.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl no HABEAS CORPUS Nº 797326 - SC (2023/0012066-6)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : WALACY LINIKER DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS VALORADAS NEGATIVAMENTE PARA EXASPERAR A PENA-BASE. ENVOLVIMENTO COM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade de drogas apreendidas já foram valoradas negativamente na primeira fase do cálculo dosimétrico para exasperar a pena-base, razão pela qual há de se aplicar efetivamente a fração de 2/3 na terceira fase da dosimetria, sob pena de *bis in idem*.

2. Consoante precedentes, verifica-se nesta Corte a adesão ao posicionamento advindo do Supremo Tribunal Federal – STF, ou seja, a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06.

3. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA – MPSC contra decisão de minha lavra na qual acolhi os embargos de declaração para corrigir erro material e manteve a decisão em que não conheci do *habeas corpus*, mas concedi a ordem de ofício para reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, reduzindo a pena em 2/3, fixando-a em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e deferir a substituição da sanção privativa de liberdade por suas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução.

No presente agravo regimental, o Ministério Público sustenta que a condenação já transitou em julgado há quase 2 anos e, dessa forma, a matéria estaria preclusa.

Observa que a quantidade e natureza do entorpecente apreendido dever ser utilizado para modular a fração do tráfico privilegiado, pois a sua utilização na primeira fase da dosimetria não seria proporcional ou adequada.

Requer, desse modo, a reconsideração da decisão agravada ou o julgamento pelo Colegiado.

É o relatório.

VOTO

Apesar da argumentação deduzida no presente recurso, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Inicialmente, não obstante o tempo transcorrido, foi necessária a análise da questão a fim de que fosse avaliado o constrangimento ilegal apontado.

Conforme consignado, o Magistrado sentenciante afastou o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 nos seguintes termos:

"De outro lado, sobre a causa de diminuição de pena constante no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, entendo que o acusado não preenche os requisitos para sua concessão.

No caso, o quadro probatório revela que, conquanto o acusado seja primário e não apresente antecedentes criminais, a nocividade da substância entorpecente encontrada revela dedicação a atividades criminosas, não satisfazendo, assim, aos requisitos legais para a redução da pena deque trata o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Ademais, filio-me ao entendimento de que "[...] a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006" (HC 314.805/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/08/2016).

Outrossim, ressalto que o acusado possui outra ação penal em andamento (evento 8, autos n. 5001322-45.2021.8.24.0048),inclusive, por tráfico de drogas e, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, tem-se aceito a utilização de ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (AgRg no REsp n. 1.691-916/AM, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 20-02-2018)" (fls. 167/167).

A Corte de origem destacou que:

"Da simples leitura do cálculo dosimétrico acima transcrito, verifica-se que o Togado sentenciante valeu-se não só da natureza e da quantidade de entorpecentes apreendidos em poder do requerente (41 pedras de crack), para afastar o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, como também de todo quadro probatório presente nos autos, refletido na existência de ação penal em curso à época dos fatos, o que por si só coloca em xeque a tese lançada pela defesa.

Nesse passo, muito embora a exordial não tenha incursionado na totalidade dos fundamentos observados na peça recursal para obstar a redução da pena, não se olvida a existência de posição pacífica nas Cortes Superiores no sentido de reconhecer a impossibilidade de valoração de ações penais em curso.

Todavia, no caso em tela, pertinente destacar que a referida ação em curso serve unicamente de reforço à prova previamente materializada na sentença, explorada quando da análise da materialidade e autoria" (fl. 306).

Cumpre registrar que a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 é aplicável, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Da análise dos autos, verifica-se que não foi reconhecido o tráfico privilegiado em razão da natureza da droga apreendida e no fato do apenado possuir ações penais em curso.

Sobre o tema, cabe ressaltar que, embora entendimento pretérito desta Corte Superior autorizasse o afastamento da minorante do tráfico privilegiado nas condições delineadas, a jurisprudência mais recente veda a utilização de ações penais em curso como único elemento para demonstrar a dedicação do paciente às atividades criminosas.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR DO §4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DE DROGAS. AÇÕES PENAIS EM CURSO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS ADICIONAIS DESFAVORÁVEIS. FRAÇÃO MÁXIMA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso, além da quantidade de drogas, aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica efetivamente a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, não bastando ilações

e/ou suposições sem espeque fático válido.

2. Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que inquéritos policiais e/ou ações penais sem trânsito em julgado não obstam a incidência da minorante do tráfico privilegiado, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

3. Na hipótese, deve ser mantida a decisão agravada que aplicou a minorante na fração máxima, considerando a inexpressiva quantidade de drogas apreendidas (48g de crack), somada à ausência de circunstâncias adicionais desfavoráveis, como a inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 785.084/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, DJe de 20/4/2023.)

Ressalta-se, ainda, que esta Corte possui entendimento no sentido de que configura *bis in idem* a utilização da natureza da droga apreendida para exasperar a pena-base e, ao mesmo tempo, afastar a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado. A propósito, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ÚNICO FUNDAMENTO VÁLIDO EMPREGADO. BIS IN IDEM. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Neste caso, constata-se que a causa especial de diminuição de pena estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas foi excluída com esteio na quantidade e na natureza das drogas, circunstâncias que, no entender da Corte local, denotam a dedicação a atividades criminosas.

2. Valorada a quantidade e natureza da droga na primeira etapa da dosimetria, inviável sua utilização na terceira etapa para negar ou mesmo modular o fator de diminuição da pena pelo privilégio do tráfico de drogas, evitando indevido *bis in idem* (AgRg no HC n. 445.769/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 16/10/2018).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no HC n. 761.867/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 14/4/2023.)

Desse modo, tendo preenchido os requisitos legais, de forma cumulativa, o agravado fez jus ao referido redutor no patamar de 2/3, conforme procedido na decisão agravada.

Por fim, cumpre registra que "[a] escolha pela aplicação dos vetores da

quantidade e da qualidade das drogas na primeira ou na terceira etapas está inserida no juízo de discricionariedade do julgador, não cabendo a este Tribunal alterar a conclusão exarada pelas instâncias ordinárias" (AgRg no HC n. 857.404/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 11/12/2023).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg nos EDcl no HC 797.326 / SC

Número Registro: 2023/0012066-6

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número de Origem:

50013224520218240048 50013536520218240048 50505977320228240000

Sessão Virtual de 27/02/2024 a 04/03/2024

Relator do AgRg nos EDcl

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

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 : WALACY LINIKER DA SILVA (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 : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AGRAVADO : WALACY LINIKER DA SILVA (PRESO)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 27/02/2024 a 04/03/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 05 de março de 2024