



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS N° 812034 - SC (2023/0102992-4)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : GIOVANI SOUZA ZUMBACH (PRESO)
ADVOGADO : JÉSSICA DIANE BAIL - SC042730
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 DE DROGAS. MINORANTE AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS APENAS COM BASE NA EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO EM CURSO CONTRA O PACIENTE E PELA QUANTIDADE DAS DROGAS E DINHEIRO APREENDIDOS. NÃO APONTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS NO SENTIDO DA HABITUALIDADE DELITIVA. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO APLICOU O REDUTOR REFORMADA. POUCA QUANTIDADE DE DROGAS. REDUÇÃO MÁXIMA, REGIME ABERTO, SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. AGRAVO PROVIDO.

1. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: *a)* seja primário; *b)* de bons antecedentes; *c)* não se dedique às atividades criminosas; e *d)* nem integre organização criminosa.

2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.977.027/PR (relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022), sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento no sentido de que *é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.*

3. A quantidade das drogas e valor em dinheiro apreendidos não possuem aptidão para, de forma isolada, concluir que o paciente fazia do tráfico o seu meio de vida. Cumpre destacar que a simples aferição da insuficiência dos fundamentos apresentados na origem para a não aplicação do redutor, ausente o apontamento de circunstâncias concretas no sentido da prática habitual do tráfico, não demanda reexame probatório. Precedentes.

4. No caso, a quantidade das drogas e o valor em dinheiro apreendidos – 10,4g de cocaína e R\$ 54,30 – sequer podem ser considerados excessivos, razão pela qual a causa de diminuição deve incidir na fração

máxima de 2/3. Precedentes.

5. Reconhecido o privilégio, fica afastado o caráter hediondo do delito, pois a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo. Em virtude do redimensionamento da pena privativa de liberdade para patamar que não supera 4 anos, além da primariedade do paciente e o fato de que todas as circunstâncias subjetivas e objetivas lhe são favoráveis, resulta cabível o regime inicial aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal. Além disso, encontram-se preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, razão pela qual também é possível a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais. Precedentes.

6. Agravo regimental provido para não conhecer do *habeas corpus*, mas conceder a ordem, de ofício, para reduzir as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, afastando o caráter hediondo do delito, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental e conceder a ordem de ofício, nos termos do voto da Sr. Ministra Reynaldo Soares da Fonseca, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto.

Votou vencida a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 21 de maio de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 812034 - SC (2023/0102992-4)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : GIOVANI SOUZA ZUMBACH (PRESO)
ADVOGADO : JÉSSICA DIANE BAIL - SC042730
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O vetor natureza e quantidade das drogas pode ser utilizado de forma supletiva 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, quando conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou integração à organização criminosa. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática, desta relatoria que denegou a ordem em *habeas corpus*.(e-STJ fls. 121-124)

O agravante requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento de seu recurso pelo colegiado.(e-STJ fls. 129-136)

O Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do agravo regimental (e-STJ fls. 144-150).

É o relatório.

VOTO

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

No entanto, não verifico elementos suficientes para reconsiderar a decisão proferida, cuja conclusão mantenho pelos seus próprios fundamentos (e-STJ fls. 122-124):

A controvérsia posta em julgamento é se a natureza e quantidade das drogas apreendidas, conjugada com a situação fática dos autos, indica a dedicação do paciente a atividades delitivas e é elemento suficiente para negar a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que "o vetor natureza e quantidade das drogas, embora deva ser considerado na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, pode ser utilizado de forma supletiva 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, quando conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou integração à organização criminosa" (AgRg no HC n. 849.414/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 14/12/2023.).

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA VALORADA NA TERCEIRA FASE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

2. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

3. In casu, a instância antecedente justificou a não incidência da minorante com fundamento nas circunstâncias do caso concreto, na medida em que o recorrente estaria envolvido em atividades criminosas, considerando, ainda, a elevada quantidade e

diversidade dos entorpecentes apreendidos (813,7 g de maconha, 4,6 g de cocaína e 8,4 g de crack).

4. Desse modo, para modificar o entendimento adotado nas instâncias inferiores de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível, a teor da Súmula 7 do STJ. Precedentes.

5. In casu, embora a pena definitiva para o delito de tráfico de drogas tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão e o recorrente seja primário, o regime fechado é o adequado à prevenção e à reparação do delito, haja vista a quantidade e diversidade das drogas apreendidas (813,7 g de maconha, 4,6 g de cocaína e 8,4 g de crack) - circunstância devidamente valorada na terceira etapa da dosimetria.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.787.309/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/6/2021, DJe de 11/6/2021 - grifos acrescidos.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - A atual jurisprudência desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que o vetor natureza e quantidade das drogas, embora deva ser considerado na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, pode ser utilizado de forma supletiva 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, quando conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou integração à organização criminosa.

III - No presente caso, houve fundamentação concreta, idônea e suficiente para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada não somente na quantidade de drogas apreendidas (534,1g de maconha, distribuídos em 186 invólucros e 80g de cocaína, distribuídos em 260 invólucros), mas também nas circunstâncias concretas da prisão do paciente e da apreensão dos entorpecentes.

IV- O paciente, após empreender fuga, ingressou em residência

na qual foi apreendido simulacro de arma de fogo, bem como uma balaclava, circunstâncias concretas que, aliadas aos entorpecentes em posse do paciente, são aptas a ensejar a conclusão pela dedicação às atividades criminosas e a afastar a redutora do tráfico privilegiado.

V - Para acolher a tese da defesa e afastar as conclusões bem exaradas pelas instâncias ordinárias seria necessário amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. Precedentes.

VI - Quanto ao regime prisional inicial, não há ilegalidade na fixação do regime prisional inicial fechado, uma vez que houve fundamentação idônea a ensejar a aplicação do regime mais gravoso, lastreada nas circunstâncias concretas do delito, em especial na quantidade e na variedade de entorpecentes apreendidos, em consonância com o entendimento desta Corte, consoante art. 33, parágrafo 2º, "b", e parágrafo 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 852.424/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 28/11/2023 - grifos acrescidos).

No caso, o acórdão manteve a negativa na aplicação da causa de diminuição de pena com a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 89-92):

"É de se salientar ainda, que o recorrente e sua companheira respondem à ação penal (n. 5000505-91.2020.8.24.0055) também pela prática do crime de tráfico de drogas, supostamente ocorrido em fevereiro do corrente ano. Conquanto tal procedimento não sirva de elemento hábil para a condenação nestes autos, a situação de flagrância nele visualizada, a partir da apreensão de aproximadamente 506g (quinhentos e seis gramas) de maconha e 50,7g (cinquenta gramas e sete decigramas) de crack, e mais expressiva quantia de dinheiro, no mínimo, corrobora os dizeres dos agentes militares no sentido de que o acusado comumente efetuava o transporte de entorpecentes ilícitos.

[...]

In casu, não obstante ser tecnicamente primário, ao que tudo indica, a prática do injusto penal era contínua na vida do acusado, caracterizando sua dedicação à atividade criminosa.

As certidões de antecedentes criminais acostadas ao feito (evento n. 3, autos do inquérito policial) apontam ao menos uma ação em andamento por suposta prática de crime de mesma natureza (tráfico de drogas - autos 5000505-91.2020.8.24.0055).

Este elemento, portanto, denota que o envolvimento do apelante com as atividades ilícitas, sobretudo o comércio ilícito de entorpecentes, não são fato isolado em sua vida.

[...]

Por estes fundamentos, a causa especial diminuição de pena em comento não deve ser aplicada."

Verifica-se, portanto, que a fundamentação do acórdão está em consonância com a jurisprudência dessa Corte Superior, não se observando qualquer constrangimento ilegal. Sendo assim, o paciente não faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 812034 - SC (2023/0102992-4)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : GIOVANI SOUZA ZUMBACH (PRESO)
ADVOGADO : JÉSSICA DIANE BAIL - SC042730
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 DE DROGAS. MINORANTE AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS APENAS COM BASE NA EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO EM CURSO CONTRA O PACIENTE E PELA QUANTIDADE DAS DROGAS E DINHEIRO APREENDIDOS. NÃO APONTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS NO SENTIDO DA HABITUALIDADE DELITIVA. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO APLICOU O REDUTOR REFORMADA. POUCA QUANTIDADE DE DROGAS. REDUÇÃO MÁXIMA, REGIME ABERTO, SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. AGRAVO PROVIDO.

1. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: *a)* seja primário; *b)* de bons antecedentes; *c)* não se dedique às atividades criminosas; e *d)* nem integre organização criminosa.

2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.977.027/PR (relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022), sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento no sentido de que *é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06*.

3. A quantidade das drogas e valor em dinheiro apreendidos não possuem aptidão para, de forma isolada, concluir que o paciente fazia do tráfico o seu meio de vida. Cumpre destacar que a simples aferição da insuficiência dos fundamentos apresentados na origem para a não aplicação do redutor, ausente o apontamento de circunstâncias concretas no sentido da prática habitual do tráfico, não demanda reexame probatório. Precedentes.

4. No caso, a quantidade das drogas e o valor em dinheiro apreendidos – 10,4g de cocaína e R\$ 54,30 – sequer podem ser considerados excessivos, razão pela qual a causa de diminuição deve incidir na fração máxima de 2/3. Precedentes.

5. Reconhecido o privilégio, fica afastado o caráter hediondo do delito, pois a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo. Em virtude do redimensionamento da pena privativa de liberdade para patamar que não supera 4 anos, além da primariedade do paciente e o fato de que todas as circunstâncias subjetivas e objetivas lhe são favoráveis, resulta cabível o regime inicial aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal. Além disso, encontram-se preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, razão pela qual também é possível a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais. Precedentes.

6. Agravo regimental provido para não conhecer do *habeas corpus*, mas conceder a ordem, de ofício, para reduzir as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, afastando o caráter hediondo do delito, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

VOTO-VENCEDOR

Adoto o relatório exarado pela eminente Relatora, Ministra DANIELA TEIXEIRA.

Quanto ao mérito recursal, peço vênias para divergir.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113.890/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014; e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora as impetrantes não tenham adotado a via processual

adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se, em síntese, o reconhecimento do tráfico privilegiado, com a consequente readequação do regime inicial e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Como é cediço, a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

No caso, seguem os fundamentos apresentados pelo Juízo sentenciante para não aplicar o redutor (e-STJ fls. 30/31):

Na fase derradeira, não há causa especial de aumento de pena. Por outro lado, concernente à causa de diminuição prevista pelo art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, extrai-se das lições de Renato Brasileiro:

De maneira inovadora, a Lei nº 11.343/06 passou a prever uma causa de diminuição de pena em seu art. 33, §4º nos seguintes termos: "Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº5, de 2012)". A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a lhe propiciar uma oportunidade mais rápida de ressocialização. (sem grifos no original). (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada, 2015, p. 762)

A propósito: [...]

No caso, é correto afirmar que o acusado é primário e possui bons antecedentes, estando satisfeita a primeira parte do referido dispositivo. Todavia, o quadro probatório revela que o acusado se dedica a atividades criminosas, conforme material fartamente produzido durante a instrução processual, mormente pelo fato de ter cometido novo crime de tráfico quando estava em monitoração eletrônica pela prática de crime idêntico, apenas 5 meses antes (autos 5000505-91.2020.8.24.0055), o que impossibilita a aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Além disso, há elementos apontando o acusado como integrante de organização criminosa, aspecto que, muito embora ainda não materializado, deve ser ponderado neste momento.

Na mesma esteira, consignou o Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 91/93):

Outrossim, ainda na dosimetria, a defesa postula pelo reconhecimento da figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) asseverando que o apelante é primário, tem bons antecedentes e não há provas de que se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Porém, uma vez mais sem razão.

O referido dispositivo legal disciplina que:

"Art. 33. [...]"

§ 4º - Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Verifica-se, pois, que para aplicação da redução, faz-se necessário que o agente: seja primário; possua bons antecedentes; não se dedique às atividades criminosas; e não integre organização criminosa.

Estes são os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

"Causa de diminuição de pena: cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente, vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode-se valer de pena mais branda. Estranha é a previsão a respeito de não se dedicar às atividades criminosas, pois não diz nada. Na norma do § 4º, para que se possa aplicar a diminuição da pena, afastou-se a possibilidade de ser reincidente ou ter maus antecedentes. Portanto, não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita. A parte final, entretanto, é razoável: não integrar organização criminosa. Pode o agente ser primário e ter bons antecedentes, mas já tomar parte em quadrilha ou bando." (Leis penais e processuais penais comentadas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 330).

In casu, não obstante ser tecnicamente primário, ao que tudo indica, a prática do injusto penal era contínua na vida do acusado, caracterizando sua dedicação à atividade criminosa.

As certidões de antecedentes criminais acostadas ao feito (evento n. 03, autos do inquérito policial) apontam ao menos uma ação em andamento por suposta prática de crime de mesma natureza (tráfico de drogas - autos 5000505-91.2020.8.24.0055).

Este elemento, portanto, denota que o envolvimento do apelante com as atividades ilícitas, sobretudo o comércio ilícito de entorpecentes, não são fato isolado em sua vida.

Cumpre salientar que em julgamentos recentes o Superior Tribunal de Justiça novamente enfrentou a questão e decidiu que embora a primariedade e os bons antecedentes exijam sentença condenatória com trânsito em julgado, a aferição da dedicação à atividade criminosa pode ser extraída pelo julgador a partir de outros elementos de prova constantes dos autos que não certidão de antecedentes, inclusive o fato de já ter sido preso e responder a outra ação penal por crime distinto: [...]

Por sua vez, a jurisprudência deste Tribunal tem negado o pedido ao traficante habitual, ou seja, àquele que tem o tráfico como meio de vida, não podendo ser caracterizado como tráfico eventual-privilegiado: [...]

Nestes termos, há de se concordar com a fundamentação da decisão a quo que negou o benefício ao apelante, eis que as circunstâncias do caso concreto ensejam habitualidade em que o réu Rafael se dedica às atividades criminosas, e assim, não preenche os requisitos do § 4.º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/2006.

Por estes fundamentos, a causa especial diminuição de pena em comento não deve ser aplicada.

Extraí-se das transcrições supra que, embora o paciente seja tecnicamente primário e com bons antecedentes, a minorante foi afastada pelo fato de ele possuir uma ação penal em curso e ter sido apreendido com expressiva quantidade de drogas e de dinheiro.

Entretanto, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.977.027/PR (relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022), sob o rito dos recurso repetitivos, consolidou entendimento no sentido de *que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.*

Além disso, a quantidade das drogas e o valor em dinheiro apreendidos não possuem aptidão para, de forma isolada, concluir que o paciente fazia do tráfico o seu meio de vida.

Aliás, na espécie, a quantidade das drogas e o valor em dinheiro apreendidos – 10,4g de cocaína e R\$ 54,30 – sequer podem ser considerados excessivos. No ponto, cumpre esclarecer que a referência feita pelo Tribunal *a quo*, no sentido de que o paciente foi apreendido com 506g de maconha e 50,7g de crack é relativa à outra ação penal em curso contra o paciente (e-STJ fl. 89).

Cumprе destacar, por oportuno, que a simples aferição da insuficiência dos fundamentos apresentados na origem para a não aplicação do redutor, ausente o apontamento de circunstâncias concretas no sentido da prática habitual do tráfico, não demanda reexame probatório.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE TENDO POR BASE A QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, ISOLADAMENTE CONSIDERADAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS A INDICAR EVENTUAL DEDICAÇÃO DOS IMPUTADOS ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS OU SER ELES INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRANSPORTE INTERESTADUAL. "MULA".
1. Conforme precedentes desta Corte Superior, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem variáveis que podem validamente ser consideradas para embasar conclusão de efetiva dedicação às atividades criminosas ou, até mesmo, de ser o imputado integrante de organização criminosa, contanto que outros elementos de prova constantes dos autos evidenciem tais condições, em conjunto com as mencionadas vetoriais.
2. Isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da

presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado.

3. Tratando-se de réus primários e não tendo sido indicado nenhum elemento adicional que demonstre cabalmente a inserção dos pacientes em grupo criminoso de maior risco social, a atuação armada, o envolvimento de menores ou apreensão de apetrecho/instrumento de refino da droga, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 é medida que se impõe.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 690.222/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Sexta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe 21/2/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO DE 1/6. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS BASEADA EXCLUSIVAMENTE NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. PACIENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. FUNÇÃO DE "MULA". CIRCUNSTÂNCIA NÃO INDICATIVA, POR SI SÓ, DE QUE O ACUSADO INTEGRA GRUPO CRIMINOSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

2. Esta Corte vem se manifestando no sentido de que isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado (AgRg no REsp n. 1.687.969/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/3/2018).

3. Nessa linha, precedentes deste Corte e do Supremo Tribunal Federal firmam a possibilidade de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da apreensão de grande quantidade de droga, quando estiver caracterizada a condição de "mula" do tráfico, como no caso dos autos.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 696.621/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 13/12/2021, DJe 17/12/2021.)

Dessa forma, na espécie, inexistente óbice à aplicação da causa de diminuição, a qual deve ser aplicada na fração máxima de 2/3, porquanto a quantidade das drogas apreendidas não é expressiva (10,4g de cocaína).

Em consequência, passo ao redimensionamento das penas do paciente.

Estabelecidas as penas na origem em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa ao término da segunda fase da dosimetria, aplico o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em sua fração máxima, motivo pelo qual torno as penas do paciente definitivas em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Reconhecido o privilégio, fica afastado o caráter hediondo do delito, pois a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido

de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo.

Em virtude do redimensionamento da pena privativa de liberdade para patamar que não supera 4 anos, além da primariedade do paciente e o fato de que todas as circunstâncias subjetivas e objetivas lhe são favoráveis, resulta cabível o regime inicial aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal.

Além disso, encontram-se preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, razão pela qual também é possível a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

Sobre esses temas, segue a jurisprudência desta Corte:

PENAL. 'HABEAS CORPUS' SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM SER O AGENTE HABITUAL NA PRÁTICA DELITIVA. QUANTIDADE ÍNFINA DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. 'WRIT' NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o 'quantum' dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese em que, à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente, e considerando sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal, sobretudo porque não é expressiva a quantidade de droga apreendida (42,32g de maconha e 2,80g de cocaína).

5. Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal.

6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. 'Habeas corpus' não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo Execução. (HC 536.429/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 29/10/2019.)

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. PRIMARIEDADE DO AGENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS INTEGRALMENTE FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 AFASTADO PELO TRIBUNAL A QUO. PENA PRIVATIVA INFERIOR A 4 ANOS. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. REQUISITOS ATENDIDOS. CONCESSÃO DE 'HABEAS CORPUS' DE OFÍCIO.

[...]

2. No caso em tela, o réu é primário, de bons antecedentes e todas as circunstâncias judiciais foram consideradas em seu favor. Importante ressaltar que se nem mesmo a quantidade de droga apreendida na espécie - 13,8g de cocaína/crack distribuídos em 39 (trinta e nove) porções - foi usada para elevar a pena-base, também não se revela idônea a justificar o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que deve ser aplicada em percentual máximo.

3. O regime inicialmente fechado, mais severo do que aquele que a reprimenda comporta, foi aplicado sem fundamentação idônea, com fulcro, tão somente, na hediondez do delito, o que vai de encontro com o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, bem como afronta os enunciados das Súmulas n. 718 e 719/STF e 440/STJ, configurando constrangimento ilegal.

4. Na hipótese, fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, atestada a primariedade do réu e estabelecido quantum de pena inferior a 4 anos, nos termos dos dispositivos supramencionados, o regime inicial para desconto da sanção deve ser o aberto.

5. No caso dos autos, também cabível a substituição da reprimenda considerando a primariedade do apenado, a fixação da pena-base no mínimo legal decorrente da integral favorabilidade das circunstâncias judiciais, a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, e o quantum de pena estabelecido.

6. Agravo regimental não conhecido. Concessão, de ofício, de redução da reprimenda, do regime inicial aberto e da substituição da pena. (AgRg no AREsp 1.364.670/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, DJe 21/6/2019.)

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para não conhecer do *habeas corpus*, mas **conceder** a ordem, de ofício, para reduzir as penas do paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, afastando o caráter hediondo do delito, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0102992-4

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
HC 812.034 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50012792420208240055 50013269520208240055

EM MESA

JULGADO: 21/05/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JESSICA DIANE BAIL
ADVOGADO : JÉSSICA DIANE BAIL - SC042730
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : GIOVANI SOUZA ZUMBACH (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 : GIOVANI SOUZA ZUMBACH (PRESO)
ADVOGADO : JÉSSICA DIANE BAIL - SC042730
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, deu provimento ao agravo regimental e concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que lavrará o acórdão."

Votaram com o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto.

Votou vencida a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

C542225155512324532@

2023/0102992-4 - HC 812034 Petição : 2024/0023481-9 (AgRg)