



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 846341 - SP (2023/0287783-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DAVI GONCALES
ADVOGADO : DAVI GONÇALES - SP326168
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERT DA SILVA CONSTANT (PRESO)
CORRÉU : EVANDRO CARLOS VICENTE
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. PRESENÇA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE A JUSTIFICAR A CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM RAZÃO DE ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROXIMIDADE TEMPORAL DOS ATOS. RECONHECIMENTO DA MINORANTE. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

Habeas corpus impetrado em favor de ROBERT DA SILVA CONSTANT, condenado à pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa pela prática de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). O Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 com base em ato infracional praticado pelo paciente quando adolescente.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

Habeas corpus substitutivo de revisão criminal. Não cabimento. A questão central consiste em verificar a possibilidade de afastamento da minorante do tráfico privilegiado com base em ato infracional cometido pelo paciente e, subsidiariamente, reexaminar a dosimetria da pena e o regime prisional aplicado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, no caso, de revisão criminal, salvo em casos excepcionais de flagrante ilegalidade.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o uso de atos infracionais para afastar a aplicação da minorante do tráfico

privilegiado apenas em circunstâncias excepcionais, quando evidenciada a gravidade dos atos e a proximidade temporal com o crime apurado.

No caso dos autos, a prática de ato infracional pelo paciente ocorreu em momento temporal distante dos fatos ora julgados, não sendo suficiente para caracterizar dedicação às atividades criminosas ou justificar o afastamento da minorante.

Diante da quantidade de droga apreendida (37,51g de maconha) e da ausência de outros elementos desfavoráveis, deve ser aplicada a causa de diminuição de pena no patamar máximo de 2/3, em conformidade com o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Redimensionada a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

IV. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. Ordem concedida de ofício para aplicar a minorante do tráfico privilegiado, reduzindo a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 07 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 846341 - SP (2023/0287783-1)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
IMPETRANTE : DAVI GONCALES
ADVOGADO : DAVI GONÇALES - SP326168
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERT DA SILVA CONSTANT (PRESO)
CORRÉU : EVANDRO CARLOS VICENTE
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. PRESENÇA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE A JUSTIFICAR A CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM RAZÃO DE ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROXIMIDADE TEMPORAL DOS ATOS. RECONHECIMENTO DA MINORANTE. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

Habeas corpus impetrado em favor de ROBERT DA SILVA CONSTANT, condenado à pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa pela prática de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). O Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 com base em ato infracional praticado pelo paciente quando adolescente.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

Habeas corpus substitutivo de revisão criminal. Não cabimento. A questão central consiste em verificar a possibilidade de afastamento da minorante do tráfico privilegiado com base em ato infracional cometido pelo paciente e, subsidiariamente, reexaminar a dosimetria da pena e o regime prisional aplicado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, no caso, de revisão criminal, salvo em casos excepcionais de flagrante ilegalidade.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o uso de atos infracionais para afastar a aplicação da minorante do tráfico

privilegiado apenas em circunstâncias excepcionais, quando evidenciada a gravidade dos atos e a proximidade temporal com o crime apurado.

No caso dos autos, a prática de ato infracional pelo paciente ocorreu em momento temporal distante dos fatos ora julgados, não sendo suficiente para caracterizar dedicação às atividades criminosas ou justificar o afastamento da minorante.

Diante da quantidade de droga apreendida (37,51g de maconha) e da ausência de outros elementos desfavoráveis, deve ser aplicada a causa de diminuição de pena no patamar máximo de 2/3, em conformidade com o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Redimensionada a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

IV. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. Ordem concedida de ofício para aplicar a minorante do tráfico privilegiado, reduzindo a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de e-STJ fl. 100:

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de ROBERT DA SILVA CONSTANT em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal 1500728-69.2021.8.26.0603).

O paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime aberto, além do pagamento de 166 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, c/c o § 4º, da Lei 11.343/2006.

O Tribunal de origem deu provimento à apelação interposta pelo Ministério Público para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e exasperar a pena para 5 anos de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 500 dias-multa.

A defesa alega: a) ser viável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, porquanto preenchidos os requisitos legais, com o consequente abrandamento do regime prisional; b) possibilidade de extensão dos efeitos da decisão desta Corte no HC coletivo 596.603/SP; c) a quantidade de drogas, por si só, não deve impedir o reconhecimento da minorante em debate; e d) necessária a observância da mais recente Súmula Vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, cujo enunciado dispõe: "é impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP),

observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c e do art.

44, ambos do Código Penal" (e-STJ fl. 35).

Requer, liminar e definitivamente, deferimento da ordem para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com a consequente readequação do regime prisional.

É o relatório.

Liminar indeferida pelo Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) às e-STJ fls.100-103.

As informações foram prestadas (e-STJ fls.109-139 e 152-184).

Em parecer, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do habeas corpus (e-STJ fls. 186-188).

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, conforme consta das informações prestadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a condenação do paciente transitou em julgado em 4/11/2022 (e-STJ fl.109).

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, sendo possível a concessão da ordem de ofício.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGAS. REGIME DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão das circunstâncias apuradas na instrução processual. Ficou evidenciado que o paciente se dedicava à atividades criminosas. A reforma desse entendimento

constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto, demanda percutiente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. A quantidade e a natureza da droga demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 643.197/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 11/5/2021, DJe de 14/5/2021) grifos acrescidos.

Diante do trânsito em julgado da condenação do paciente, a impetração é substitutiva de revisão criminal. No entanto, em observância aos princípios da eficiência, celeridade e utilidade pública do processo, visando tutelar o bem jurídico da liberdade do paciente, passo à análise, de ofício, de eventual teratologia, ilegalidade ou abuso de poder.

Consta da sentença (e-STJ fl. 82-88):

Em relação ao réu Robert, atento às regras do artigo 42 da Lei 11.343/2006, preponderante sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, noto ser primário e ter confessado o delito na fase policial e também judicial; assim, fixo sua pena base no mínimo legal, em cinco (5) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo. Sendo primário e não havendo informação de que faça parte do crime organizado, faz jus à benesse do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas; como confessou na fase judicial, reduzo sua pena em dois terços, fixando-a em um (1) ano e oito (8) meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Torno as penas definitivas, ante a ausência de outras causas ou circunstâncias modificadoras.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação penal e CONDENO o réu (...), e ROBERT DA SILVA CONSTANT, qualificado nos autos, à pena de um (1) ano e oito (8) meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, no valor unitário mínimo, o primeiro como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei 11.343/06.

Observa-se que o Tribunal de origem afastou o redutor do tráfico nos seguintes termos (e-STJ fls. 53-64):

Em suas razões, o Ministério Público pleiteou, com relação ao réu Robert, o afastamento da redução aplicada com base no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 e a fixação do regime inicial fechado (fls. 256/266).

[...]

Os réus foram denunciados como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, porque, no dia 15.05.2021, por volta das 10h22, na Rua General Jair Dantas Ribeiro nº 355, Bairro Rosele, na cidade e Comarca de Araçatuba, traziam consigo e guardavam, para fins de tráfico de drogas, 20 porções de maconha, pesando 37,51g, substância que causa dependência física e psíquica, em desacordo com a determinação legal ou regulamentar (fls. 107/109).

[...]

E, para o réu Robert, considerando não serem desfavoráveis às circunstâncias judiciais, o sentenciante fixou a pena- base no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias- multa, no valor unitário mínimo.

[...]

Já a pena do réu Robert ficou mantida sem alteração, uma vez que, apesar de reconhecida a circunstância atenuante da confissão espontânea e presente a circunstância atenuante da menoridade relativa , não é possível reduzir as penas aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula nº 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal".

[...]

E, para o acusado Robert, considerando que o réu é primário, não tem maus antecedentes e por entender que não existem evidências de que esteja envolvido com organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas, o sentenciante reduziu a pena no patamar de 2/3, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

No entanto, entendo que, in casu, não é possível aplicar o benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que, de acordo com o referido dispositivo legal, o Magistrado "poderá" reduzir a pena fixada ao agente, de um sexto a dois terços, desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. No caso dos autos, porém, o documento de fls. 145/146 comprova que o réu, quando adolescente, cometeu ato infracional equiparado ao tráfico de drogas, tudo evidenciando que, apesar de tecnicamente primário e sem maus antecedentes, tem envolvimento com a atividade criminosa do tráfico de entorpecentes, não preenchendo os requisitos legais para obter o benefício pleiteado.

Frise-se que, apesar dos atos infracionais não constituírem crime na acepção normativa do termo, é certo que, verificando a essência da conduta, não há distinção entre ambos, uma vez que o fato analisado objetivamente é o mesmo. Assim, é evidente que, na análise do caso concreto, o ato infracional pode ser elemento a demonstrar o envolvimento do acusado com a atividade criminosa.

Com efeito, a promulgação da atual Lei Antitóxicos teve como intuito aperfeiçoar a legislação já existente, tendo estabelecido penas mais vultosas que aquelas estabelecidas na anterior legislação, mas também fixado hipóteses em que a sanção pode ser diminuída ou até afastada, como no caso de uso de entorpecente. As disposições desta legislação vieram a atender a política criminal vigente, o que é de arbítrio do legislador.

Nessa esteira, o princípio da isonomia determina que se deva aplicar tratamento diferenciado em situações de desigualdade, sendo que a legislação antidrogas prestou-se a dar efetividade a tal princípio, uma vez que, prevendo a especial causa de diminuição, conferiu a possibilidade de se aplicar tratamento diferenciado ao pequeno traficante, primário, sem maus antecedentes e não ligado a grupos organizados, em relação ao grande traficante, que, fatalmente, causa maiores danos à sociedade. E, assim sendo, considerando o objetivo da Lei de tratar com menor rigor o indivíduo que se envolve circunstancialmente com o tráfico de drogas, não seria razoável punir da mesma forma aquele que não registra nenhum antecedente e nem

registros de atos infracionais com aquele que, quando adolescente, já praticava o tráfico de drogas.

[...]

Nesse contexto, nesta fase da dosimetria, atendendo ao apelo Ministerial, afasto a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, resultando a pena do réu Robert em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pena essa que torno definitiva, à míngua de outras causas modificativas.

Com relação à fixação do regime aberto ao réu Robert, a sentença também merece reparo, tal como pleiteado pelo Ministério Público.

De fato, o regime inicial para o cumprimento das penas de ambos os réus não pode ser outro, que não o fechado, pois a fixação de regime diverso (aberto ou semiaberto), não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado, não apenas em razão da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, por não se tratar os réus de pequenos e eventuais traficantes, tendo em vista a quantidade de drogas apreendidas, somada à balança de precisão e aos eppendorfs vazios, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado para ambos os réus. Soma-se a isto o fato de o réu Evandro ser reincidente e ostentar maus antecedentes.

Consigne-se, portanto, que o regime inicial fechado não está sendo fixado em razão da quantidade de pena, tampouco da gravidade abstrata do delito, mas da reincidência e dos maus antecedentes do réu Evandro e das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição do regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção.

Com efeito, o reconhecimento do tráfico privilegiado tem por fundamento a necessidade de se distinguir o traficante contumaz e profissional daquele ainda neófito na vida criminosa.

Para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 é necessário que o acusado preencha os seguintes requisitos legais: (i) ser primário; (ii) ter bons antecedentes; (iii) não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, realizado em 9/6/2021, DJe 1º/7/2021, decidiu que "a aplicação do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não pode ser afastada somente com fundamento na natureza, na diversidade e na quantidade da droga apreendida, sendo necessário que 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" (AgRg no AgRg no REsp n. 2.078.919/RS, relator Ministro

Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 27/11/2023).

Ademais, em recente posicionamento, a Terceira Seção desta corte firmou entendimento de que “Os atos infracionais só podem ser utilizados como elementos de convicção de que o agente se dedica à prática delituosa para fins de afastamento do tráfico privilegiado, quando evidenciada a gravidade da conduta pretérita, que deve guardar razoável proximidade temporal com o delito em apuração (EREsp n. 1.916.596/SP, Terceira Seção)”. (STJ - AgRg no HC: 762383 SP 2022/0246773-4, Data de Julgamento: 27/09/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/09/2022).

No presente feito, não estão presentes as circunstâncias excepcionais para que a anterior prática de atos infracionais obste a aplicação da minorante prevista no 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06, em razão da distância temporal entre a prática do ato análogo ao crime de tráfico e os fatos ora apurados. (e-STJ fl. 80). Nesse sentido:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE AFASTAMENTO COM BASE EM ATOS INFRACIONAIS. PREVALECIMENTO DE ENTENDIMENTO INTERMEDIÁRIO. POSSIBILIDADE EM CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA DESIGNADA PARA REDIGIR O ACÓRDÃO. TESE NÃO APLICADA AO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE DOS ATOS INFRACIONAIS PRETÉRITOS. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS HÁBEIS A RECOMENDAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM, NO CASO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. Consoante o § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Para que o agente possa ser beneficiado, é preciso preencher cumulativamente os requisitos.

2. Na esfera da Lei n. 8.069/1990, as medidas socioeducativas aplicadas em resposta a ato infracional cometido por adolescente possuem o objetivo de responsabilização quanto às consequências lesivas do ato, a integração social e garantia de seus direitos individuais e sociais, bem como a desaprovação da conduta infracional (art. 1.º, § 2.º, incisos I, II e III, da Lei n. 12.594/2012 - SINASE).

3. No entanto, apesar de a medida socioeducativa, impositiva e preponderantemente pedagógica, possuir certa carga punitiva, certo é que não configura pena e, portanto, não induz reincidência nem maus

antecedentes. Nessa medida, é incompatível considerar o registro de anterior ato infracional, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas, como elemento caracterizador da dedicação do agente a atividades delituosas, obstando a minorante, equiparando a conduta a crime hediondo e recrudesendo a execução penal.

4. Vale dizer, o registro da prática de fato típico e antijurídico por adolescente (inimputável), que não comete crime nem recebe pena, atingida a maioridade penal, não pode ser utilizado como fundamento para se deduzir a dedicação a atividades criminosas, e produzir amplos efeitos desfavoráveis na dosimetria e execução da pena.

5. No caso concreto, foi tida por inidônea a fundamentação que fez alusão genérica ao histórico infracional para concluir pela comprovação da dedicação às atividades criminosas, sobretudo porque nenhum outro dado foi extraído do conjunto probatório para respaldar a conclusão de que os agentes vinham se dedicando à atividade criminosa, o que tampouco foi possível identificar a partir da quantidade não expressiva de entorpecente.

6. No entanto, prevaleceu, no âmbito da Terceira Seção, para fins de consolidação jurisprudencial e ressalvado o entendimento desta Relatora para o acórdão, entendimento intermediário no sentido de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração.

7. Embargos de divergência conhecidos e desprovidos.

(EREsp n. 1.916.596/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 8/9/2021, DJe de 4/10/2021.)

Assim, em se tratando da apreensão de 37,51g de maconha, a redutora deve ser aplicada em seu patamar máximo, qual seja o de 2/3 (dois terços), em linha com os precedentes supracitados.

Passa-se ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, fixada a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantém-se inalterada na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Na terceira fase, reduz-se a pena, na fração máxima, pela minorante do tráfico privilegiado, tornando-se definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Ante a redução ora implementada, faz jus o paciente ao regime regime aberto, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para aplicar a minorante do tráfico privilegiado, reduzindo as penas

do paciente a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa, substituída a pena reclusiva por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da execução penal.

O paciente deverá ser imediatamente posto em liberdade, salvo se estiver preso por outro motivo.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0287783-1

HC 846.341 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15007286920218260603 15013882920228260603 21327242021 330312022

EM MESA

JULGADO: 05/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DAVI GONCALES
ADVOGADO : DAVI GONÇALES - SP326168
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERT DA SILVA CONSTANT (PRESO)
CORRÉU : EVANDRO CARLOS VICENTE
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

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.