



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2497938 - SP (2023/0397243-9)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : GABRIEL DA SILVA
ADVOGADOS : DOMINGOS GERAGE - SP098209
DANILO AURELIO ORTIZ GERAGE - SP395638
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE DE ARMA DE USO RESTRITO. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA. MINORANTE. AFASTADA SEM DEMONSTRAÇÃO DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cumpre ao agravante impugnar especificamente todos os fundamentos estabelecidos na decisão agravada (Súmula 182 do STJ).

2. Neste agravo regimental, a defesa deixa de impugnar especificamente os fundamentos da decisão recorrida.

3. Todavia, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício para readequar a dosimetria penal. 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.

4. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "a quantidade de droga apreendida, por si só, não justifica o afastamento do redutor do tráfico privilegiado, sendo necessário, para tanto, a indicação de outros elementos ou circunstâncias capazes de demonstrar a dedicação do réu à prática de atividades ilícitas ou a sua participação em organização criminosa" (AgRg no REsp 1.866.691/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/5/2020) (AgRg no HC 656.477/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 3/11/2021).

5. A mera referência à pequena quantidade de drogas, à denúncia anônima e à apreensão de balança de precisão, sem destaque a circunstâncias indicativas de condutas repetidas na atuação da mercancia, é insuficiente para demonstrar que ele se dedicava às atividades criminosas ou integrava organização criminosa, bem como para justificar a escolha da fração da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

6. Considerando a quantidade de drogas apreendidas (7g de crack), de rigor o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, em seu patamar máximo.

7. Agravo regimental não provido. Concessão de *habeas corpus*, de ofício,

para reconhecer a incidência da minorante do tráfico privilegiado e reduzir a pena.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, contudo conceder habeas corpus, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 27 de fevereiro de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2497938 - SP (2023/0397243-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : GABRIEL DA SILVA
ADVOGADOS : DOMINGOS GERAGE - SP098209
DANILO AURELIO ORTIZ GERAGE - SP395638
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE DE ARMA DE USO RESTRITO. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA. MINORANTE. AFASTADA SEM DEMONSTRAÇÃO DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cumpre ao agravante impugnar especificamente todos os fundamentos estabelecidos na decisão agravada (Súmula 182 do STJ).

2. Neste agravo regimental, a defesa deixa de impugnar especificamente os fundamentos da decisão recorrida.

3. Todavia, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício para readequar a dosimetria penal. 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.

4. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "a quantidade de droga apreendida, por si só, não justifica o afastamento do redutor do tráfico privilegiado, sendo necessário, para tanto, a indicação de outros elementos ou circunstâncias capazes de demonstrar a dedicação do réu à prática de atividades ilícitas ou a sua participação em organização criminosa" (AgRg no REsp 1.866.691/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/5/2020) (AgRg no HC 656.477/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 3/11/2021).

5. A mera referência à pequena quantidade de drogas, à denúncia anônima e à apreensão de balança de precisão, sem destaque a circunstâncias indicativas de condutas repetidas na atuação da mercancia, é insuficiente para demonstrar que ele se dedicava às atividades criminosas ou integrava organização criminosa, bem como para justificar a escolha da fração da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

6. Considerando a quantidade de drogas apreendidas (7g de crack), de rigor o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, em seu patamar máximo.

7. Agravo regimental não provido. Concessão de *habeas corpus*, de ofício,

para reconhecer a incidência da minorante do tráfico privilegiado e reduzir a pena.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **GABRIEL DA SILVA** (e-STJ, fls. 454-463) contra decisão proferida pela Ministra Presidente MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, em razão da incidência da Súmula 284 do STF (e-STJ, fls. 448-449).

A Defesa do agravante esclarece que fundamentou adequadamente o pedido, com a indicação dos dispositivos violados, e que a apreciação da questão não demanda reexame de provas.

Em razões de recurso especial, pretende a absolvição pelo crime de tráfico, pois ausentes provas seguras da difusão ilícita de substâncias entorpecentes.

Não sendo este o entendimento, requer a desclassificação deste delito para o previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06.

Outrossim, ultrapassadas as teses, postula o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, argumentando apenas que preenche os requisitos legais.

Por outra vertente, quanto ao crime previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/03, pede a fixação da pena no mínimo legal e o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Por fim, almeja a fixação do regime inicial aberto.

É o relatório.

VOTO

A decisão recorrida não conheceu do agravo em recurso especial, em razão da incidência da Súmula 284 do STF, porque a Defesa “deixou de indicar precisamente os dispositivos legais federais que teriam sido violados ou quais dispositivos legais seriam objeto de dissídio interpretativo”.

Entretanto, em agravo regimental, não fez referência a este óbice, limitando-se a afirmar que a apreciação dos pedidos não demanda reexame de provas.

Conforme reiterados julgados do Superior Tribunal de Justiça, cumpre ao agravante impugnar especificamente todos os fundamentos estabelecidos na decisão agravada, o que faz incidir, no caso, a Súmula 182 do STJ: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.”

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. QUESTÃO PREJUDICADA. HABEAS CORPUS DEFERIDO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ART. 117 DO CP. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO. MARCO INTERRUPTIVO. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LAPSO TEMPORAL. NÃO OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO A PUNIBILIDADE NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. 1. A ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão combatida atrai a incidência dos arts. 1.021, § 1º, do CPC e da Súmula 182 desta Corte. 2. A controvérsia recursal referente à pretensão de execução da pena somente após o trânsito em julgado configura mera reiteração do HC 546.490/SP, em que concedida a ordem de habeas corpus. [...] 6. Agravo regimental não conhecido. Pedido de execução da pena somente após o trânsito em julgado prejudicado. Pedido de declaração da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal indeferido." (AgRg nos EDcl no AREsp 1621913/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2020, DJe 06/08/2020).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTO. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 182 DO STJ. ILEGALIDADE FLAGRANTE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. 1. O princípio da dialeticidade, positivado no art. 932, inciso III, do Código de Processo Civil, aplicável por força do art. 3.º do Código de Processo Penal, impõe ao recorrente o ônus de demonstrar o desacerto da decisão agravada, impugnando todos os fundamentos nela lançados para obstar sua pretensão. 2. No caso concreto, o agravo em recurso especial não foi conhecido porque teria deixado de impugnar todos os fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem para inadmitir o recurso especial, quais sejam, a Súmula n. 284 do STF, pela falta de indicação do dispositivo de lei federal que teria sido violado, bem assim a Súmula n.º 7 do STJ, em razão da necessidade do reexame de provas. 3. A Agravante, no agravo regimental, se limitou a afirmar, genericamente, que teria impugnado integralmente a inadmissão do recurso especial, ser descabida a aplicação da Súmula n. 83 do STJ, bem assim não estar demonstrado o dolo específico. Aplicação da Súmula n. 182 do STJ. 4. A Terceira Seção desta Corte, ao julgar o EREsp n. 1.619.087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ acórdão Ministro JORGE MUSSI, fixou entendimento de não ser possível a execução provisória de penas restritivas de direitos, conforme disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal. E, na sessão de julgamento do dia 24/10/2018, o referido Colegiado, por maioria de votos, reafirmou a orientação já adotada. 5. Agravo regimental não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para obstar a execução das penas restritivas de direitos, impostas à Agravante, antes do trânsito em julgado da condenação." (AgRg no AREsp 1684895/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 29/06/2020).

Deve-se observar que o art. 932 do Código de Processo Civil de 2015 reafirmou a orientação do STJ ao exigir a impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada.

Registre-se que "...), a impugnação a que se refere o enunciado da Súmula 182 é a que enfrenta, especificamente, o conteúdo do fundamento, e não a que o faz de maneira genérica" (EDcl no AgRg no AREsp 778.294/BA, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j.22/11/2016, DJe 5/12/2016).

Consigne-se que, no julgamento do EAREsp 746.775/PR (DJe de 30/11/2018), a Corte Especial do STJ manteve o entendimento da necessidade de impugnação específica de todos os fundamentos da decisão agravada, sob pena de incidência da Súmula 182/STJ.

Por outro lado, constato flagrante ilegalidade no acórdão, a autorizar a concessão de *habeas corpus* de ofício para reconhecer a incidência da minorante do tráfico privilegiado.

Quanto ao tema, a instância anterior ponderou nestes termos (e-STJ, fls. 361-379):

"Passo, então, à análise da dosimetria das penas. Adotado o sistema trifásico de aplicação da pena e, em consonância com o artigo 59 do Código Penal, bem como atento ao que dispõe o artigo 42 da Lei nº 11.343/06, que determina, expressamente, considerar a quantidade e as características dos entorpecentes apreendidos (10 pedras de crack - 7,0g), as bases do tráfico foram fixadas 1/6 acima do linde inferior, partindo-se, assim, de 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

[...]

Para o tráfico, contudo, não se verificando como excessiva a quantidade apreendida, de rigor que as bases fiquem no linde inferior, vale dizer, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes, as penas do tráfico permaneceram

inalteradas [...].

Na terceira fase, ausentes causas de aumento de diminuição, as penas permaneceram inalteradas, sendo inaplicável aqui o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da lei de drogas, uma vez que restou configurado que o acusado não se trata de traficante eventual, mas sim, que se dedica a atividade criminosa, pois diante das circunstâncias do crime descrito na denúncia, com a apreensão de 10 porções de crack, que devem ser somadas à delação anônima, prévia investigação a apurar a movimentação de pessoas no local e apreensão de duas balanças de precisão, denota que não se trata de neófito. Esses elementos acima expostos mostram-se como circunstâncias idôneas para impedir a aplicação do benefício do redutor, uma vez denotadora de que, para ter acesso aos entorpecentes, claramente se incorporaram à organização criminosa, ou, no mínimo, tem se dedicado frequentemente à traficância, critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal (RHC 117.867/MG rel. Min. Luiz Fux j. 22.10.2013), quanto no E. STJ (AgRg no AREsp 359.220/MG rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 3.9.2013 e AgRg no AREsp 180.580/MG mesma rel. j. 7.3.2013).

Não se há confundir a teleologia do redutor, voltado para infratores de menor potencial, de acordo com o intuito do legislador, o que não é o caso. Oportuno remeter ao escólio do E. Des. Geraldo Wohlers, da 5ª Câmara de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação nº 1504103-60.2022.8.26.0533 [...].

Nesse ponto, veja-se que a Lei de Drogas faculta (grifo nosso) ao magistrado sem obrigar a concessão do redutor, estando ele livre ainda para estabelecê-lo no patamar que entender adequado, diante da análise do caso concreto, respeitando-se o princípio da individualização da pena. E no caso não caberia a aplicação da benesse em razão das características do crime apurado, que se revelou típico de quem se dedica às atividades criminosas, deixando, assim, de preencher um dos requisitos do citado dispositivo, além da quantidade e diversidade de drogas apreendidas, fatores já mencionados. Ora, ainda que não se tenham provas exatas, inconcussas, sobre a organização criminosa à qual pertencia, evidente que para vender e negociar drogas em qualquer lugar, o acusado deveria necessariamente estar inseridos na estrutura da criminalidade estabelecida naquela região, ressabido que não há, ainda, “livre concorrência” na venda de drogas. E não se trata aqui de suposição ou mera conjectura, pois é de conhecimento público a disputa de pontos de venda de drogas entre organizações criminosas rivais. Notório que a atividade da traficância assumiu características de negócio, sendo hoje fonte de renda do crime organizado, até porque os responsáveis pela estruturação da venda de drogas controlando as etapas de produção, transporte e acondicionamento não confiariam a entrega a consumidor final a uma pessoa que não gozasse da confiança deles, ou que não tivesse com eles algum vínculo.

Enfim, havendo indícios do envolvimento do acusado com a criminalidade, descabido o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, valendo trazer à colação, como já se decidiu, que a conduta social do réu, a quantidade e a natureza do entorpecente, além das circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa (RHC nº 116.926/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 20.8.2013; HC nº 116.541/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 6.6.2013; HC nº 98.366/MG, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 5.2.2010).”

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.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Conforme se observa, o Tribunal de origem não reconheceu a minorante em razão da quantidade e qualidade da droga apreendida, bem como em razão da existência de denúncia anônima, da apreensão de balança de precisão e da visualização de movimentação em sua residência.

Ainda, registre-se que a Terceira Seção, em recentíssima decisão, proferida nos autos do HC n. 725.534/SP, de minha relatoria, julgado em 27/4/2022, DJe 1º/6/2022, reafirmou seu posicionamento anterior, conforme estabelecido no ARE 666.334/AM, do Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido consideradas na primeira fase do cálculo da pena. *In verbis*:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA.1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (em 9/6/2021), fixou as seguintes diretrizes para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa. 3 - podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. (grifos no original).3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas - p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg - por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.4. Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase

da dosimetria.⁵ No julgamento do ARE 666.334/AM, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF, em análise da matéria reconhecida como de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência de que "as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena". O resultado do julgado foi assim proclamado: Tese As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015. Tema 712 - Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.⁶ Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.⁷ Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021).⁸ Hipótese em que o Juiz de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que a expressiva quantidade de droga apreendida (147 quilos de maconha) não qualificaria o réu como pequeno e iniciante no comércio ilícito de entorpecentes. Contudo, o STF tem posicionamento firme de que "A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (RHC 138117 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 6/4/2021).⁹ Assim, verificado o atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/6, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343.2006 (expressiva quantidade de droga apreendida - 147 quilos de maconha).¹⁰ Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 486 dias-multa." (HC n. 725.534/SP, minha relatoria, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1/6/2022.)

Contudo, a jurisprudência desta Corte de Justiça é no sentido de que a quantidade e a qualidade da droga apenas podem ser utilizadas para o afastamento da minorante em comento, quando esses vetores forem conjugados com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

A propósito:

“[...]”

1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao quantum ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.
2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em habeas corpus somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena.
3. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não

integre organização criminosa 4. A tese firmada no REsp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534/SP, Terceira Seção do STJ).

5. A natureza e a quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

6. A dedicação do agente a atividades criminosas não se presume a partir da análise unicamente da natureza ou da quantidade ou da qualidade da droga apreendida; da mesma forma, configura constrangimento ilegal a redução da fração de diminuição de pena.

7. Configura constrangimento ilegal por caracterizar bis in idem a valoração do vetor quantidade/nocividade de droga para exasperar a pena base e para afastar o tráfico privilegiado 8. Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral).

9. O desemprego ou ausência de comprovação de exercício de ocupação lícita não implicam presunção de dedicação à narcotraficância (HC 665.401/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 16/6/2021).

10. Considera-se "inidôneo o reconhecimento da dedicação criminosa com suporte em confissão informal" (AgRg no HC n. 484.669/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 11/6/2019).

11. Quando as matérias suscitadas no agravo regimental, além de representarem indevida inovação recursal, não tenham sido objeto de análise pelo tribunal de origem, não são passíveis de conhecimento pelo STJ, sob pena de indevida supressão de instância, com explícita violação da competência originária para o julgamento de habeas corpus (art. 105, I, c, da Constituição Federal).

12 . Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no HC n. 625.804/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.)

Na hipótese, a quantidade de crack apreendido não é relevante (10 porções, com 7g).

Além do mais, a mera referência à denúncia anônima, à apreensão de balança de precisão e à movimentação em seu domicílio, sem destaque a circunstâncias indicativas de condutas repetidas na atuação da mercancia, é insuficiente para demonstrar que ele se dedicava às atividades criminosas ou integrava organização criminosa, bem como para justificar a escolha da fração da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Corroboram:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA. ALTERAÇÃO DA CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AFASTADA EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES E EXISTÊNCIA DE DENÚNCIAS ANÔNIMAS. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O Tribunal de origem, ao manter a condenação do réu, mencionou o depoimento

dos policiais, a existência de denúncias anônimas, a apreensão de quase meio quilo de maconha, além de uma balança de precisão. Dessa maneira, a alteração da conclusão das instâncias de origem esbarra na Súmula n. 7/STJ.

2. Não é possível afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com fundamento na quantidade de drogas apreendidas e na existência de denúncias anônimas, sem indicação de qualquer outro elemento concreto que demonstre a dedicação do agravante a atividades criminosas.

3. Assim, de rigor o provimento do agravo regimental no ponto para aplicar o referido redutor em 2/3, bem como alterar o regime inicial e converter a pena privativa em restritiva de direitos.

4. Agravo regimental parcialmente provido.”

(AgRg no AREsp n. 2.117.385/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 23/6/2023.)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO DOS ACUSADOS À ATIVIDADE CRIMINOSA NÃO DEMONSTRADA. APLICADA A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NO GRAU MÁXIMO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Tratando-se da apreensão de pequena quantidade de drogas, a mera referência a denúncias anônimas e ao fato de os réus não terem demonstrado a existência de trabalho lícito não são circunstâncias aptas, por si só, a afastarem a minorante do tráfico privilegiado.

Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no HC n. 862.558/SP, relator Ministro Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, julgado em 5/12/2023, DJe de 12/12/2023.)

Passo, portanto, à nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, as circunstâncias judiciais foram julgadas favoráveis ou neutras, com a pena-base sendo fixada em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda etapa, ausentes agravantes e atenuante, esta pena foi preservada.

Na última etapa, com o reconhecimento da causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, e considerando que a quantidade e a qualidade das drogas não são elevadas (7g de crack), reduzo a pena em 2/3, determinando-a em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa.

Seguindo, diante do concurso material com o delito previsto no art. 16, § 1º, IV, da Lei n. 10.826/03 (pena fixada em 3 anos de reclusão e 10 dias-multa), delimito a pena em 4 anos e 8 meses de reclusão, mais 176 dias-multa.

Em razão desta pena, estipulo o regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, §2º, “b”, do CP.

Por fim, em atenção ao disposto no art. 44, I, do CP, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, que deverão ser delineadas pelo Juízo da Vara de Execuções Penais.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental. Contudo, **concedo habeas corpus, de ofício**, a fim de reconhecer a configuração da causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, no patamar máximo de 2/3, redimensionando a pena total em 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 176 dias-multa.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0397243-9

AgRg no
AREsp 2.497.938 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15002942620228260545 1500294262022826054515006652620228260048
15006652620228260048 862412022

EM MESA

JULGADO: 27/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : GABRIEL DA SILVA
ADVOGADOS : DOMINGOS GERAGE - SP098209
DANILO AURELIO ORTIZ GERAGE - SP395638
AGRAVADO : 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 : GABRIEL DA SILVA
ADVOGADOS : DOMINGOS GERAGE - SP098209
DANILO AURELIO ORTIZ GERAGE - SP395638
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, contudo concedeu habeas corpus, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.