HABEAS CORPUS Nº 882340 - SC (2024/0001105-7)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
R.P/ACÓRDÃO	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	RUDIMAR RODRIGUES DE OLIVEIRA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE ENTORPECENTES. PROVAS NO SENTIDO DE QUE O PACIENTE ESTAVA COMERCIALIZANDO ENTROPECENTES. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS APENAS COM BASE NA EXISTÊNCIA DE DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS POSTERIORES AOS FATOS EM EXAME. ILEGALIDADE CONFIGURADA. POUCA QUANTIDADE DE DROGAS. REDUÇÃO MÁXIMA, REGIME ABERTO, SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. O *habeas corpus*, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar a tese de insuficiência probatória para a condenação. No caso, as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório – paciente flagrado vendendo entorpecentes a um usuário, conforme uníssona prova testemunhal em juízo e depoimento do usuário na fase policial –, firmaram compreensão no sentido da efetiva prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Desconstituir tais assertivas demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência inviável na via estreita do *habeas corpus* . Precedentes.

2. 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.

3. *A condenação transitada em julgado, mas por fato posterior àquele que está em apuração na ação penal, não indica dedicação à atividade criminosa impeditiva da incidência da minorante, porque no momento da sua prática essa dedicação não existia, surgindo apenas posteriormente* (AgRg no AREsp n. 2.424.111/SP, relator Ministro

Documento eletrônico VDA44385451 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 08/11/2024 16:17:55
Publicação no DJEN/CNJ de 11/12/2024. Código de Controle do Documento: 4b64b098-b134-4f38-b0de-8eafb48f2f9f

Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 15/2/2024).
4. No caso, a quantidade das drogas apreendidas – 2,16g de cocaína e 36,18g de maconha – não é expressiva, razão pela qual a causa de diminuição comporta aplicação 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. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, ordem concedida, de ofício, para, mantida a condenação do paciente pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, aplicar o redutor previsto no § 4º do mesmo artigo e reduzir as suas penas para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, fixar o regime inicial aberto, substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais, e afastar o caráter hediondo do delito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, Prosseguindo no julgamento, por maioria, não conhecer do habeas corpus, contudo conceder a ordem de ofício em menor extensão, nos termos do voto do 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 em parte a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 08 de novembro de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

Documento eletrônico VDA44385451 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 08/11/2024 16:17:55
Publicação no DJEN/CNJ de 11/12/2024. Código de Controle do Documento: 4b64b098-b134-4f38-b0de-8eafb48f2f9f

HABEAS CORPUS Nº 882340 - SC (2024/0001105-7)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	RUDIMAR RODRIGUES DE OLIVEIRA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO BASEADA EM APREENSÃO DE DROGAS EM PEQUENA QUANTIDADE (2,16g de cocaína e 36,18g de maconha). DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PARA USO PRÓPRIO. APLICAÇÃO DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de Rudimar Rodrigues de Oliveira contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que manteve sua condenação à pena de 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006), pela posse de 2,16g de cocaína e 36,18g de maconha, apreendidas durante abordagem policial.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em verificar se a conduta pela qual o paciente foi condenado é típica de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006) ou se se amolda ao crime de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006).

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Revaloração das provas: A análise da destinação da droga — consumo próprio ou comércio — depende da avaliação de diversos elementos, como quantidade e variedade das substâncias, além do contexto em que foram apreendidas. No caso dos autos, a pequena quantidade de droga apreendida (2,16g de cocaína e 36,18g de maconha) e a ausência de petrechos típicos do tráfico (como balança de precisão ou embalagens para divisão em porções) indicam a inadequação da condenação por tráfico.

4. Desclassificação do delito: Com base na jurisprudência desta Corte, a mera apreensão de drogas em pequena quantidade,

sem outros elementos que demonstrem a prática do tráfico, é insuficiente para a caracterização do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006. Aplicando-se o princípio do in dubio pro reo, deve-se presumir o uso pessoal, amoldando-se a conduta ao art. 28 da Lei de Drogas.
IV. ORDEM CONCEDIDA.

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 fls. 341-342 (e-STJ):

> *Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de RUDIMAR RODRIGUES DE OLIVEIRA, em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA.*
>
> *Consta dos autos que o paciente foi condenado a 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 dias-multa, no mínimo legal, por infração ao disposto no artigo 33, caput, da Lei n.11.343/06 (Ação Penal n. 0004237-47.2018.8.24.0020/SC, sentença de fls. 234-238).*
>
> *Na sequência, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou provimento à apelação do paciente, em acórdão assim ementado (Apelação Criminal n. 0004237-47.2018.8.24.0020/SC, fl. 333):*
>
> > *APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU SOLTO. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/2006, ART. 33, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO ANTE A INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. APREENSÃO DE 2,16G DE COCAÍNA E DE 36,18G DE MACONHA DESTINADOS AO COMÉRCIO ESPÚRIO, OS QUAIS O APELANTE POSSUÍA SEM AUTORIZAÇÃO E EM DESACORDO COM A DETERMINAÇÃO LEGAL E REGULAMENTAR. AGENTE QUE FOI FLAGRADO NO MOMENTO EM QUE VENDEU UMA PORÇÃO DE ENTORPECENTE PARA USUÁRIO. DEPOIMENTOS UNÍSSONOS DOS AGENTES PÚBLICOS EM AMBAS AS FASES DA PERSECUÇÃO E DE USUÁRIO DE DROGAS NA FASE INDICIÁRIA. VERSÃO DEFENSIVA ANÊMICA (CPP, ART. 156). CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. PLEITO DE APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. AGENTE QUE JÁ ERA MONITORADO PELOS POLICIAIS MILITARES HÁ ALGUNS MESES EM RAZÃO DA PRÁTICA DO COMÉRCIO ESPÚRIO. DIVERSIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS QUE EVIDENCIAM O VÍNCULO ESTREITO COM ATIVIDADES ILÍCITAS. AGENTE QUE JÁ FOI*

CONDENADO PELA PRÁTICA DE CRIME SEMELHANTE. REQUISITOS CUMULATIVOS QUE NÃO FORAM PREENCHIDOS. BENESSE INCABÍVEL. ANÁLISE DO PLEITO SUCESSIVO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) PREJUDICADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Alega a impetrante que, embora o paciente seja "primário, sem antecedentes, não se dedique à atividades criminosas, nem integre organização criminosa, o juízo sentenciante afastou a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 sem apresentar fundamentação válida" (fl. 5).

Sustenta que a negativa de reconhecimento do tráfico privilegiado não tem fundamentação idônea, ao argumento de que eventual condenação por fatos posteriores à conduta apurada nos autos não é hábil para comprovar contumácia delitiva e porque não há nos autos prova de que o paciente se dedique a atividades criminosas.

Acrescenta que o paciente "não foi preso em data anterior, não havendo qualquer processo/inquérito em seu desfavor" e que "o policial relatou apenas que viu o Paciente conversando com usuários, sendo que não o viu praticando o tráfico de drogas em momento anterior" (fl. 8).

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos da condenação. No mérito, pugna pela aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em favor do Paciente, e, por conseguinte, a redução de sua pena no patamar de 2/3, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa.

A defesa alega, em síntese, a tipificação inadequada dos fatos tidos por delituosos.

Requer a concessão da ordem para obter a desclassificação do delito de tráfico de entorpecentes para o de uso.

É o relatório.

VOTO

A controvérsia posta em julgamento é se a conduta pela qual o paciente foi condenado é realmente típica de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006) ou se amolda-se ao crime de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

Antes de adentrar na discussão posta, esclareço que ela não implica revolvimento fático-probatório, pois não se está a discutir aqui se o fato histórico narrado na denúncia e pelo qual o paciente foi condenado existiu ou não.

Vale dizer, a pergunta colocada não é se o paciente estava ou não

em posse da droga ou se as substâncias foram ou não encontradas em sua residência (essas, sim, discussões que demandariam nova avaliação das provas produzidas nos autos).

A pergunta colocada é se o fato narrado na denúncia, que incontestavelmente aconteceu, se amolda ao tipo penal do tráfico de drogas ou, na realidade, se amolda ao tipo penal da posse para consumo próprio, o que exige somente o necessário esforço interpretativo da norma penal e o juízo de subsunção dessa norma a tais fatos, já provados.

Essa Corte já entendeu pela possibilidade de analisar a desclassificação quando o caso exigia somente a "revaloração de fatos incontroversos", como é a hipótese em questão. Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (Lei n. 6.368/1976).*
>
> *2. Na espécie em julgamento, não constam dos autos elementos mínimos capazes de embasar a condenação por tráfico de drogas, haja vista a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida com o acusado, bem como a ausência de provas concretas sobre a traficância.*
>
> *3. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória. O caso em análise, diversamente, requer apenas a revaloração de fatos incontroversos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória. Depende, ademais, da definição, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pelas instâncias de origem para condenar o réu pela prática do crime de tráfico de drogas, vis-à-vis os elementos (subjetivos e objetivos) do tipo penal respectivo.*
>
> *4. Agravo regimental não provido.*
>
> *(AgRg no AREsp n. 2.415.399/AL, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 19/2/2024).*

Passo assim à análise da controvérsia.

Da leitura dos tipos penais em questão, é possível observar que ambos criminalizam as condutas de "ter em depósito e trazer consigo" drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A diferença entre elas está na destinação que o portador da droga pretende conferir a ela. Isso porque o tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 criminaliza tais condutas quando o indivíduo tiver por objetivo o "consumo pessoal". Já o art. 33 da mesma Lei não exige especial destinação.

O §2º do art. 28 ainda apresenta os parâmetros para se definir se a destinação da droga era para consumo próprio ou não, que são: (i) natureza da droga; (ii) quantidade da substância; (iii) local e as condições em que se desenvolveu a ação; (iv) as circunstâncias sociais e pessoais e (v) conduta e antecedentes.

Nesse sentido, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal houve por bem firmar a seguinte tese: "Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito" (Tema 506).

No presente feito, a condenação restou calcada nos seguintes elementos (e-STJ fl. 331)

> *Nesse contexto, não obstante o apelante seja primário e não possua antecedentes, as circunstâncias do caso concreto não deixam dúvidas de que se dedicava à prática do comércio espúrio. Isso porque, como visto, apreendeu-se 2,16g (dois gramas e dezesseis decigramas) de cocaína, e 36,18g (trinta e seis gramas e dezoito decigramas) de maconha, substâncias de naturezas diversas, as quais poderiam ser individualizadas em quantidade considerável de porções.*

Observa-se, portanto, que o Tribunal de origem houve por bem apontar como elementos indicadores da traficância que "[...]procederam à abordagem de Rudimar e, em revista pessoal, localizou-se aquantia de R$ 50,00 (cinquenta reais) que foram entregues momentos antes por Júlio. Em buscas no terreno baldio, apreendeu-se 2,16g (dois gramas e dezesseis decigramas) de cocaína, e 36,18g (trinta e seis gramas e dezoito decigramas) de maconha. Ressalta-se que os policiais militares também foram inequívocos de que a região é conhecida pela prática do comércio espúrio e que, há alguns meses, Rudimar é conhecido pelo envolvimento no tráfico de drogas." (e-STJ fl. 329).

Ocorre que a revaloração das provas não permite afirmar, com a segurança necessária ao édito condenatório, que a substância entorpecente que o paciente tinha consigo era destinada à venda ou oferta.

De fato, em se tratando da apreensão de **2,16g de cocaína e 36,18g de**

maconha, não se pode cogitar, na forma da jurisprudência desta Corte, da tipificação do delito na modalidade "ter em depósito".

Efetivamente, considerando o princípio do *in dubio pro reo*, há de prevalecer a alegação do paciente de que seria usuário de drogas, respaldada pela quantidade apreendida.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando de maneira clara acerca da necessidade da consolidação de quadro seguro sobre a autoria e a materialidade para que se possa dar o réu por incurso no delito de tráfico, prevalecendo, em caso de dúvida, o tipo do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. LASTRO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N.11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *1. É possível examinar em habeas corpus a legitimidade da condenação imposta desde que não seja necessário que se proceda à dilação probatória.*
> *2. Para a imposição de uma condenação criminal, faz-se necessário que seja prolatada uma sentença, após regular instrução probatória, na qual haja a indicação expressa de provas suficientes acerca da comprovação da autoria e da materialidade do delito, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal.*
> *3. Insta salientar, ainda, que a avaliação do acervo probatório deve ser realizada balizada pelo princípio do favor rei. Ou seja, remanescendo dúvida sobre a responsabilidade penal do acusado, imperiosa será a sua absolvição, tendo em vista que sobre a acusação recai o inafastável ônus de provar o que foi veiculado na denúncia.*
> *4. A apreensão da droga em poder do acusado, por si só, não indica a realização do tipo inserto no art. 33 da Lei de Drogas, notadamente se considerada a pouca quantidade que foi encontrada. Além disso, não foram localizados petrechos comuns a essa prática (balança de precisão, calculadora, recipientes para embalar a droga, etc). Em suma, baseou-se a sentença apenas na apreensão dos entorpecentes, cuja quantidade, a meu ver, "42,2gramas de maconha, em 50 porções; 2,38 gramas de cocaína, em12 porções; e 4,34 gramas de crack, em 22 porções" (e-STJ fls.151/152), ajusta-se ao que prescreve o art. 28 da Lei de Drogas, autorizando concluir que o réu a tinha para uso próprio.*
> *5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC n. 687674/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j.* em *15/2/2022, DJe de 18/2/2022).*

Ante o exposto, concedo a ordem para desclassificar a conduta do paciente para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 e determinar que as sanções

administrativas do art. 28 da Lei Antidrogas lhe sejam aplicadas pelo juízo de origem.

Se o paciente estiver preso, deverá ser imediatamente posto em liberdade, salvo se outro motivo justificar sua prisão.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0001105-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 882.340 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00042374720188240020 42374720188240020

EM MESA JULGADO: 15/10/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	RUDIMAR RODRIGUES DE OLIVEIRA
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

CERTIDÃO

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

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora, pediu vista o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca."

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto.

Documento eletrônico VDA44002338 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 16/10/2024 17:41:23
Código de Controle do Documento: 62822EDC-D885-4159-A9FE-6EC26AC542A1

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0001105-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 882.340 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00042374720188240020 42374720188240020

EM MESA JULGADO: 05/11/2024

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. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	RUDIMAR RODRIGUES DE OLIVEIRA
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

CERTIDÃO

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

" Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do habeas corpus, contudo concedeu a ordem de ofício em menor extensão, nos termos do voto do 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 em parte a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Documento eletrônico VDA44346555 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 06/11/2024 17:37:33
Código de Controle do Documento: A538A102-DE99-4947-BE5E-50E15694A806

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 882340 - SC (2024/0001105-7)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	RUDIMAR RODRIGUES DE OLIVEIRA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE ENTORPECENTES. PROVAS NO SENTIDO DE QUE O PACIENTE ESTAVA COMERCIALIZANDO ENTROPECENTES. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS APENAS COM BASE NA EXISTÊNCIA DE DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS POSTERIORES AOS FATOS EM EXAME. ILEGALIDADE CONFIGURADA. POUCA QUANTIDADE DE DROGAS. REDUÇÃO MÁXIMA, REGIME ABERTO, SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. O *habeas corpus*, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar a tese de insuficiência probatória para a condenação. No caso, as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório – paciente flagrado vendendo entorpecentes a um usuário, conforme uníssona prova testemunhal em juízo e depoimento do usuário na fase policial –, firmaram compreensão no sentido da efetiva prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Desconstituir tais assertivas demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência inviável na via estreita do *habeas corpus* . Precedentes.

2. 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.

3. *A condenação transitada em julgado, mas por fato posterior àquele que está em apuração na ação penal, não indica dedicação à atividade criminosa impeditiva da incidência da minorante, porque no momento da sua prática essa dedicação não existia, surgindo apenas posteriormente* (AgRg no AREsp n. 2.424.111/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 15/2/2024).

4. No caso, a quantidade das drogas apreendidas – 2,16g de cocaína e 36,18g de maconha – não é expressiva, razão pela qual a causa de diminuição comporta aplicação 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. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, ordem concedida, de ofício, para, mantida a condenação do paciente pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, aplicar o redutor previsto no § 4º do mesmo artigo e reduzir as suas penas para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, fixar o regime inicial aberto, substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais, e afastar o caráter hediondo do delito.

VOTO-VENCEDOR

Adoto o relatório exarado pela eminente Relatora, Ministra DANIELA TEIXEIRA, no presente *habeas corpus*.

Quanto ao respectivo julgamento, peço vênia 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.

Cumpre 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, confiram-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 a impetrante não tenha 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.

No caso, embora não tenha sido objeto de insurgência, a eminente Relatora votou no sentido de conceder ordem de *habeas corpus* para desclassificar a conduta do paciente para uso de entorpecentes.

Entretanto, na espécie, as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório – paciente flagrado vendendo entorpecentes a um usuário, conforme uníssona prova testemunhal em juízo e depoimento do usuário na fase policial –, firmaram compreensão no sentido da efetiva prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

A propósito, segue a fundamentação constante do acórdão impugnado para a manter a condenação do paciente (e-STJ fls. 328/329):

> *O apelante, na fase indiciária (evento 1), discorreu que estava se deslocando até a padaria. Narrou que os agentes públicos abordagem o condutor do veículo e encontraram algo com ele. Disse que os policiais militares encontraram drogas mas as substâncias não eram de sua propriedade. Não conhece o usuário que foi abordado. Não estava praticando o comércio espúrio.*
> *Em juízo (evento 80), seu interrogatório foi prejudicado em razão da decretação da revelia, nos termos do art. 367 do Código de Processo Penal.*
> *Rafael Fernandes da Silva, policial militar, na fase indiciária (evento 1), disse que Rudimar já era conhecido pela prática do tráfico de drogas na região. Relatou que, em monitoramento, foi possível evidenciar a ocasião em que ele sai de um terreno baldio e se dirige ao condutor de um veículo e realiza a venda de drogas. Logo após, realizou a abordagem e, no interior do automóvel, apreendeu-se uma porção de maconha que, segundo ele, foi adquirida de Rudimar. O apelante também foi abordado e, em revista pessoal, apreendeu-se a quantia de R$ 50,00 (cinquenta reais) que foram entregues por Júlio como pagamento pela porção de maconha. No terreno baldio, em buscas, apreendeu-se em torno de 39g (trinta e nove gramas) de maconha e em torno de 2,2g (dois gramas e dois decigramas) de cocaína.*
> *Em juízo, conforme resumido na sentença (evento 90), disse que:*
>
> > *[...] já existiam denúncias de que o réu seria traficante atuante na região da baixada, razão pela qual, inclusive, ele já teria sido preso naquela localidade anteriormente. No dia dos fatos, estava com a guarnição da ROCAM fazendo patrulhamento, mais precisamente na Rua Silvino Rovaris, próximo à Padaria Cissipan, quando avistaram o acusado saindo de um terreno baldio em direção a um veículo,*

> *entregando algo ao motorista. Efetuaram a abordagem e encontraram com o réu 50 (cinquenta) reais em espécie, além de uma porção de maconha com o motorista. Deslocaram-se até o terreno em que o acusado foi avistado e encontraram mais uma quantidade de drogas. Explicou que os traficantes costumam ocultar as substâncias narcóticas em terrenos baldios, a fim de evitar flagrante, contudo, naquela oportunidade, os policiais conseguiram visualizar o esconderijo dos entorpecentes.*

Gustavo Costa Silveira, policial militar, no inquérito policial (evento 1), disse que a guarnição policial, em rondas, visualizou um indivíduo saindo de um terreno baldio e dirigiu-se até o condutor de um automóvel VW/Gol, de cor preta. Narrou que não teve dúvidas de que se tratava de venda de drogas. Em seguida, realizou a abordagem e, na posse do condutor, localizou-se uma porção de maconha. Na posse do apelante, apreendeu-se a quantia de R$ 50,00 (cinquenta reais). Disse que o usuário, questionado, confirmou a aquisição da porção de droga de Rudimar. No terreno em que ele se encontrava, localizou-se outras porções de cocaína e de maconha. Narrou que o local é conhecido pela prática do comércio espúrio.

Sob o crivo do contraditório, conforme resumido na sentença (evento 90), relatou que:

> *[...] nas proximidades do local da ocorrência é muito comum que os traficantes escondam as drogas em terrenos baldios próximos. Foram realizadas diversas prisões na localidade, e por isso não lembra desse caso em específico. Esclareceu, por fim, que o modus operandi habitual dos comerciantes de drogas que atuavam na região era o de recolher o dinheiro e entregar as drogas pelas janelas dos veículos dos usuários que por ali passavam.*

Júlio Stradioto dos Santos, ouvido apenas no inquérito policial, como bem resumido pelo Ministério Público em sede de alegações finais (evento 85), narrou que:

> *[...] era usuário de maconha, razão pela qual estava no local para adquirir o entorpecente; que, de fato, "pegou" R$ 50,00 em maconha do acusado; que foi a primeira vez que adquiriu entorpecente de Rudimar; que o local é bastante conhecido pelo comércio de drogas, não sendo incomum traficantes oferecerem drogas a quem passa de carro; que, antes de lhe entregar a droga, o acusado foi busca-la em algum esconderijo, e levou aproximadamente 4 minutos para retornar ao carro; que, logo em seguida, a polícia acabou realizando a abordagem (evento 3)*

Como se vê, os depoimentos dos agentes públicos foram uníssonos, em ambas as fases da persecução penal, no sentido de que, no dia dos fatos, em rondas pela rua Silvino Rovaris, bairro Paraíso, na cidade de Criciúma, por volta de 14h, visualizaram a ocasião em que o apelante saiu de um terreno baldio, em área já conhecida pela prática do tráfico de drogas, e dirigiu-se ao condutor de um veículo, posteriormente identificado como sendo Júlio Stradioto dos Santos.

Foram firmes e coerentes de que, diante da constatação concreta da venda de entorpecente, procederam à abordagem de Júlio e, no automóvel, apreendeu-se uma porção de maconha. Júlio, ao ser questionado, disse que havia adquirido a substância de Rudimar pela quantia de R$ 50,00 (cinquenta reis). Diante disso, procederam à abordagem de Rudimar e, em revista pessoal, localizou-se a quantia de R$ 50,00 (cinquenta reais) que foram entregues momentos antes por Júlio. Em buscas no terreno baldio, apreendeu-se 2,16g (dois gramas e dezesseis decigramas) de cocaína, e 36,18g (trinta e seis gramas e dezoito decigramas) de maconha. Ressalta-se que os policiais militares também foram inequívocos de que a região é conhecida pela prática do comércio espúrio e que, há alguns meses, Rudimar é conhecido pelo

> *envolvimento no tráfico de drogas.*
> *No mesmo sentido, Júlio Stradioto dos Santos, usuário de drogas, no inquérito policial, esclareceu que, de fato, adquiriu uma porção de maconha do apelante pela quantia de R$ 50,00 (cinquenta reais) e que ele dirigiu-se a um "esconderijo", local em que as substâncias estavam armazenadas.*
> *Por outro lado, o apelante, no inquérito policial, limitou-se a negar a autoria delitiva. Embora tenha narrado que as drogas apreendidas não eram de sua propriedade, a defesa não logrou êxito em derruir os depoimentos dos policiais militares, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, os quais foram inequívocos de que presenciaram o momento em que Rudimar vendeu uma porção de maconha. Ressalta-se que, logo em seguida, localizou-se a quantia de R$ 50,00 (cinquenta reais) na posse do apelante que foi exatamente o montante que Júlio afirma ter pago pela porção de maconha.*
> *Nesse contexto, ao contrário do que alega a defesa, não houve dúvidas da destinação mercantil e da propriedade dos entorpecentes apreendidos, até mesmo porque, repisa-se, constatou- se o flagrante no ato de venda.*

Nesse contexto, resulta inviável a suscitada desclassificação, até porque desconstituir assertivas das instâncias ordinárias demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Portanto, no ponto, peço vênia para divergir, em parte, da eminente Relatora.

Prosseguindo no julgamento, passo ao exame das teses efetivamente suscitadas na impetração.

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. 235/236):

> *Por sua vez, não prospera o pleito de reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, estampada no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.*
> *Mencionada figura dita a redução da pena de um sexto a dois terços, desde que o agente, cumulativamente, seja (i) primário (não reincidente); (ii) de bons antecedentes (não ostente condenação criminal anterior transitada em julgado); (iii) não se dedique às atividades criminosas (desenvolva algum tipo de atividade laborativa lícita e habitual, não apresentando personalidade voltada ao crime, sendo o crime de tráfico a ele imputado no processo um evento isolado em sua vida); e (iv) não integre organização criminosa.*
> *No que diz especificamente com o requisito negativo da não dedicação a atividades criminosas, Cleber Masson pontua que "(...) a existência de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso pode (e deve) ser utilizada pelo magistrado como circunstância apta a afastar a figura privilegiada, pelo fato de indicar a dedicação do agente a atividades criminosas, nada obstante seja vedado utilizar tais fatores como circunstância judicial desfavorável, na dosimetria da pena-base, uma vez que não caracterizam maus antecedentes." (Lei de Drogas: aspectos penais e processuais. 2. ed. Rio de janeiro: Forense;*

São Paulo: Método, 2019).
Esse entendimento doutrinário tem ressonância na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que vem majoritariamente reafirmando, por meio de suas duas Turmas com competência criminal, o posicionamento no sentido de que a existência de persecuções penais pendentes de definitividade é apta a afastar o redutor em análise quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva (no ponto: HC 450.153/SP, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 19.08.2018; AgRg no AR Esp 1.251.694/SP, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 05.08.2018; HC 442.254/RS, 5ª Turma, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 03.05.2018; AgRg no AR Esp 999.769/RS, 6ª Turma, rel. Min. Néfi Cordeiro, j. 06.11.2017; e AgRg no R Esp 1.678.417/GO, 6ª Turma, rel. Min. Antonio Saldanha Ribeiro, j. 17.04.2018).
Na espécie, já houve o trânsito em julgado das ações penais n. 0000425-44.2018.8.24.0166 (furto qualificado) e n. 00011658-88.2018.8.24.0020 (tráfico de drogas) durante o curso do presente processo, referentes a fatos cometidos posteriormente ao aqui apurado, o que não configura maus antecedentes, tampouco reincidência - "(...) Impossibilitada a aplicação de antecedentes criminais relativos a infrações praticadas após àquela objeto da denúncia. Precedentes. (...) STJ. 5ª Turma. HC n. 268.762/SC, Min. Regina Helena Costa, D Je 29/10/2013".
Todavia, apesar de primário e não possuir maus antecedentes, o réu esteve envolvido criminalmente em outros processos, pela prática, inclusive, de delito idêntico - além do crime de furto. A reiteração de condutas delituosas demonstra a dedicação a atividades criminosas, inviabilizando a aplicação da causa de diminuição de pena em foco.

Na mesma esteira, consignou o Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 330/331):

No tocante à dosimetria, a defesa requer, na terceira fase, a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços).
Igualmente sem razão.
O art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, dispõe que: "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".
No que concerne à dedicação a atividades criminosas, Vicente Greco Filho e Daniel Rassi, em Lei de Drogas Anotada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 103, lecionam que:

> *Dedicar-se, segundos os dicionários, é 'consagrar sua afeição e/ou seus serviços a alguém; consagrar- se; dar-se', o que significa um certo grau de habitualidade, ainda que não exclusiva; integrar significa 'juntar-se; fazer parte integrante, participar de'. E essas circunstância, ainda que não exclusiva habitualidade e a participação como membro da organização criminosa, devem ser provas suficientemente para a exclusão do benefício.*

Pelo que se infere da sentença (evento 90), a benesse foi afastada sob os seguintes argumentos:

> *[...] Na espécie, já houve o trânsito em julgado das ações penais n. 0000425-44.2018.8.24.0166 (furto qualificado) e n. 00011658-88.2018.8.24.0020 (tráfico de drogas) durante o curso do presente processo, referentes a fatos cometidos posteriormente ao aqui apurado, o que não configura maus antecedentes, tampouco reincidência - "(...) Impossibilitada a aplicação de antecedentes criminais relativos a infrações praticadas após àquela objeto da denúncia. Precedentes. (...) STJ. 5ª Turma. HC n. 268.762/SC, Min. Regina Helena Costa, D Je 29/10/2013".*
>
> *Todavia, apesar de primário e não possuir maus antecedentes, o réu*

> *esteve envolvido criminalmente em outros processos, pela prática, inclusive, de delito idêntico - além do crime de furto. A reiteração de condutas delituosas demonstra a dedicação a atividades criminosas, inviabilizando a aplicação da causa de diminuição de pena em foco.*
>
> *Nesse contexto, não obstante o apelante seja primário e não possua antecedentes, as circunstâncias do caso concreto não deixam dúvidas de que se dedicava à prática do comércio espúrio. Isso porque, como visto, apreendeu-se 2,16g (dois gramas e dezesseis decigramas) de cocaína, e 36,18g (trinta e seis gramas e dezoito decigramas) de maconha, substâncias de naturezas diversas, as quais poderiam ser individualizadas em quantidade considerável de porções.*
>
> *Soma-se ainda que os agentes públicos foram inequívocos de que a região em que o apelante foi preso em flagrante é conhecida pela prática do tráfico de drogas e que ele, há alguns meses, vinha sendo monitorado pela prática do comércio espúrio. Tanto é que, após os fatos ora apurados, incorreu na prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, por fatos praticados no dia 21 de novembro de 2018, em condenação proferida nos autos da ação 00011658-88.2018.8.24.0020, com trânsito em julgado no dia 12 de março de 2020.*
>
> *Ainda, o apelante já foi condenado como incurso nas sanções do art. 155 § 4º, I, IV, do Código Penal, em condenação proferida nos autos da ação 0000425-44.2018.8.24.0166, por fatos praticados no dia 16 de maio de 2018, com trânsito em julgado no dia 24 de setembro de 2018.*
>
> *Sendo assim, ainda que ambas as condenações se tratem de fatos posteriores aos ora apurados, o contexto probatório, especialmente o modus operandi do apelante, somados aos elementos de que ele já era conhecido pela prática do tráfico de drogas na região, não deixa dúvidas de que se dedicava à atividade ilícita.*
>
> *Portanto, diante do não preenchimento dos requisitos cumulativos, não há falar na aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, razão pela qual o pedido sucessivo de aplicação da fração máxima de 2/3 (dois terços) resta prejudicada.*
>
> *Nesse sentido, extrai-se desta Corte: [...]*

Extrai-se das transcrições supra que, embora o paciente seja tecnicamente primário e com bons antecedentes, a minorante foi afastada pelo fato de ele possuir duas condenações definitivas posteriores aos fatos em exame.

Entretanto, *a condenação transitada em julgado, mas por fato posterior àquele que está em apuração na ação penal, não indica dedicação à atividade criminosa impeditiva da incidência da minorante, porque no momento da sua prática essa dedicação não existia, surgindo apenas posteriormente* (AgRg no AREsp n. 2.424.111/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 15/2/2024).

No mesmo sentido, dentre outros:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AÇÕES PENAIS EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE*

INOCÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar ou modular a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). O mesmo entendimento se aplica às condenações transitadas em julgado relacionadas a fatos posteriores' (AgRg no REsp 1.891.998/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 17/6/2022)." (AgRg no AREsp n. 2.107.531/GO, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 19/3/2024, DJe de 22/3/2024).

2. Não é possível ignorar que, nos termos do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.479.534/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Sexta Turma, julgado em 20/8/2024, DJe de 23/8/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO POSTERIOR AO DELITO DOS AUTOS. FUNDAMENTO PARA AFASTAR A MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na linha da jurisprudência deste Tribunal Superior, "a negativa da minorante do tráfico privilegiado com fundamento em condenação por fato posterior ao objeto do processo constitui flagrante violação ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06" (AgRg no AgRg no AREsp n. 1.991.186/SC, relator Ministro Olindo Menezes, Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1º/7/2022).

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.466.430/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 21/5/2024, DJe de 27/5/2024.)

Dessa forma, na espécie, inexiste 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 (2,16g de cocaína e 36,18g de maconha).

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 ÍNFIMA 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, não conheço do *habeas corpus*, mas, com a devida vênia, concedo a ordem, de ofício, para, mantida a condenação do paciente pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, aplicar o redutor previsto no § 4º do mesmo artigo e reduzir as suas penas para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, fixar o regime inicial aberto, substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais, e afastar o caráter hediondo do delito.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA