



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2660395 - MG (2024/0204068-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : JOAO MIKE REIS
ADVOGADOS : FABIO GAMA LEITE - MG085224
PAOLA FERREIRA LEITE - MG222384
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE LEGAL. SÚMULA 284 DO STF. FALTA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DE LEI FEDERAL. CORREÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. O agravo regimental em matéria criminal é regido pelo art. 258 do RISTJ, que não estabelece a necessidade de prévia intimação de nenhuma das partes para o julgamento do recurso.
2. Não há direito a sustentação oral em agravo regimental no agravo em recurso especial. Precedentes.
3. O recurso especial é meio de impugnação de fundamentação vinculada, e por isso exige a indicação ostensiva dos textos normativos federais a que negou vigência o aresto impugnado. Não basta, para tanto, a menção *en passant* a leis federais, tampouco a exposição do tratamento jurídico da matéria que o recorrente entende correto, como se estivesse a redigir uma apelação.
4. No âmbito do agravo regimental, a parte deve refutar os fundamentos da decisão monocrática impugnada, não lhe sendo permitido corrigir sua argumentação, suprimindo falhas anteriores, como a indicação de suposta violação de texto de lei federal não questionado no momento oportuno, em razão da preclusão consumativa.
5. Todavia, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício para readequar a dosimetria penal.
6. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal" (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Precedentes desta Corte Superior.
7. Agravo regimental desprovido. Concessão de *habeas corpus*, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, redimensionando a pena imposta ao

agravante, nos termos da fundamentação.

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 03 de setembro de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2660395 - MG (2024/0204068-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : JOAO MIKE REIS
ADVOGADOS : FABIO GAMA LEITE - MG085224
PAOLA FERREIRA LEITE - MG222384
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE LEGAL. SÚMULA 284 DO STF. FALTA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DE LEI FEDERAL. CORREÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. O agrado regimental em matéria criminal é regido pelo art. 258 do RISTJ, que não estabelece a necessidade de prévia intimação de nenhuma das partes para o julgamento do recurso.
2. Não há direito a sustentação oral em agrado regimental no agrado em recurso especial. Precedentes.
3. O recurso especial é meio de impugnação de fundamentação vinculada, e por isso exige a indicação ostensiva dos textos normativos federais a que negou vigência o aresto impugnado. Não basta, para tanto, a menção *en passant* a leis federais, tampouco a exposição do tratamento jurídico da matéria que o recorrente entende correto, como se estivesse a redigir uma apelação.
4. No âmbito do agrado regimental, a parte deve refutar os fundamentos da decisão monocrática impugnada, não lhe sendo permitido corrigir sua argumentação, suprimindo falhas anteriores, como a indicação de suposta violação de texto de lei federal não questionado no momento oportuno, em razão da preclusão consumativa.
5. Todavia, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício para readequar a dosimetria penal.
6. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal" (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Precedentes desta Corte Superior.
7. Agrado regimental desprovido. Concessão de *habeas corpus*, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, redimensionando a pena imposta ao

agravante, nos termos da fundamentação.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **JOÃO MIKE REIS** contra decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do recurso, diante do enunciado contido na Súmula 284 do STF (e-STJ, fls. 467-468).

Em suas razões, o agravante sustenta que não incidiria o mencionado óbice, ao argumento de que a defesa teria demonstrado a violação do disposto nos artigos 28 e 33, § 4º, ambos da Lei n. 11.343/2006, bem como o alegado dissídio jurisprudencial.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito ao crivo do órgão colegiado, intimando-se a defesa para lhe oportunizar a sustentação oral.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do agravo regimental, e concessão de *habeas corpus*, de ofício (e-STJ, fls. 504-515).

É o relatório.

VOTO

Apesar das alegações da parte agravante, razão não lhe assiste.

De início, cumpre registrar que, como se extrai do art. 7º, § 2º-B, III, da Lei 8.906/1994, a inovação introduzida no EOAB pela Lei 14.365/2022 garantiu ao advogado o direito de sustentação no agravo interno ou regimental em sede de recurso especial, mas nada dispôs sobre o julgamento de agravo regimental no agravo em recurso especial.

Este último é espécie recursal distinta, consoante a diferenciação adotada expressamente pela legislação processual civil - aplicável ao processo penal por força do art. 638 do CPP - no art. 994, VI e VIII, do CPC, e não teve seu regime de julgamento alterado pela novel legislação. O próprio RISTJ também diferencia os dois tipos de recurso, na instituição de suas classes processuais; com efeito, e em sintonia com o CPC, o art. 67, XXIII e XXXIII, do Regimento não deixa dúvidas de que recurso especial (classe processual REsp) e agravo em recurso especial (classe processual AREsp) são meios de impugnação recursal diversos.

Assim, diante do silêncio legislativo, o agravo em recurso especial continua seguindo a regra do art. 159, IV, do RISTJ, que veda a realização de sustentação oral em seu julgamento. Conclui-se, em resumo, que o agravo regimental no recurso especial comporta sustentação oral, na forma do art. 7º, § 2º-B, III, da Lei 8.906/1994, o que não é possível no agravo regimental no agravo em recurso especial.

Com idêntica compreensão, no STF, já decidiu o Ministro Luiz Fux, no ARE 1.381.324/SC, em decisão disponibilizada no DJe de 21/6/2022; e, neste STJ, os Ministros João Otávio de Noronha (MS 28.692/DF, DJe de 24/6/2022) e Sebastião Reis Júnior (PET no AREsp 28.692/DF, DJe de 24/6/2022) e Sebastião Reis Júnior (PET no AREsp 1.999.379/SP, DJe de 27/6/2022).

Além disso, cumpre salientar que o agravo regimental em matéria criminal é regido pelo art. 258 do RISTJ, que não estabelece a necessidade de prévia intimação de nenhuma das partes antes do julgamento do recurso, pois este é apresentado em mesa e prescinde da publicação de pauta. A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. NULIDADE. ARGUIÇÃO DE CONTRADITA DE TESTEMUNHA. ART. 214 DO CPP. PRECLUSÃO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. AÇÕES PENAIS DEFINITIVAS ALCANÇADAS PELO PERÍODO DEPURADOR DO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS EM CADA FASE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte já consolidou entendimento no sentido da desnecessidade de intimação da parte contrária para apresentar contrarrazões ao

agravo regimental, que não depende de pauta nem prevê prévia intimação ou sustentação oral. É apresentado em mesa na primeira oportunidade. Inteligência da Lei 8.038/90 e do Regimento Interno do STJ (arts. 258 e 159. Precedentes: AgRg nos EDcl no HC 548.165/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe

13/08/2020; AgRg no AgRg no REsp 1832011/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 22/09/2020; AgRg no RHC 140.756/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021 e AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1740769/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 17/02/2021. Pedido de retirada de pauta inacolhido.

[...]

7. Agravo regimental improvido".

(AgRg no HC n. 663.881/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 24/5/2021.)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SEQUESTRO DE BENS IMÓVEIS. MERA IRRESIGNAÇÃO DO EMBARGANTE. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INTIMAÇÃO DO PARQUET PARA APRESENTAR CONTRARRAZÕES AO AGRAVO REGIMENTAL. DESNECESSÁRIO.

[...]

IV - Não há previsão legal ou regimental de intimação da parte contrária para a apresentação de contrarrazões ao agravo regimental. (Precedentes).

Embargos de declaração rejeitados".

(EDcl no AgRg no REsp n. 1.678.798/RJ, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 21/9/2018.)

Quanto ao mérito, assim constou na decisão agravada (e-STJ, fl. 467, grifou-se):

"Mediante análise do recurso de JOAO MIKE REIS, verifica-se que incide o óbice da **Súmula n. 284/STF, uma vez que a parte recorrente deixou de indicar precisamente os dispositivos legais federais que teriam sido violados ou quais dispositivos legais seriam objeto de dissídio interpretativo, ressaltando que a mera citação de artigo de lei na peça recursal não supre a exigência constitucional.**

Aplicável, por conseguinte, o enunciado da citada súmula: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Nesse sentido: "A ausência de expressa indicação de artigos de lei violados inviabiliza o conhecimento do recurso especial, não bastando a mera menção a dispositivos legais ou a narrativa acerca da legislação federal, aplicando-se o disposto na Súmula n. 284 do STF". (AgInt no AREsp n. 1.684.101/MA, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 26/8/2020.).

Também, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, "uma vez observado, no caso concreto, que nas razões do recurso especial não foram indicados os dispositivos de lei federal acerca dos quais supostamente há dissídio jurisprudencial, a única solução possível será o não conhecimento do recurso por deficiência de fundamentação, nos termos da Súmula 284/STF". (AgRg no REsp 1.346.588/DF, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, DJe de

17/3/2014.).

Confiram-se ainda os seguintes precedentes: [...]"

Como se vê, a decisão monocrática proferida pela Presidência desta Corte Superior não conheceu do recurso, em razão da incidência da Súmula 284 do STF.

Com efeito, o recurso especial é meio de impugnação de fundamentação vinculada, e por isso exige a indicação ostensiva dos textos normativos federais a que negou vigência o aresto impugnado. Não basta, para tanto, a menção *en passant* a leis federais, tampouco a exposição do tratamento jurídico da matéria que o recorrente entende correto, como se estivesse a redigir uma apelação.

Para inaugurar a instância especial, é imprescindível que o recurso especial aponte, com precisão, quais dispositivos legais teriam sido violados pela Corte de origem, o que não foi feito no presente caso (e-STJ, fls. 345-366).

O tema é bem explicitado no seguinte precedente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. INCLUSÃO DA ESPOSA NO POLO PASSIVO DECORRENTE DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA QUE OSTENTA NATUREZA REAL. ROL DE DISPOSITIVOS AFRONTADOS, SEM INDIVIDUALIZAÇÃO. SÚMULA Nº 284/STF. DECISÃO MANTIDA.1. O recurso especial não é um menu onde a parte recorrente coloca à disposição do julgador diversos dispositivos legais para que esse escolha, a seu juízo, qual deles tenha sofrido violação. Compete à parte recorrente indicar de forma clara e precisa qual o dispositivo legal (artigo, parágrafo, inciso, alínea) que entende ter sofrido violação, sob pena de, não o fazendo, ver negado seguimento ao seu apelo extremo em virtude da incidência, por analogia, da Súmula 284/STF.2. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no AREsp 583.401/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 25/03/2015)

Registre-se, ainda, que "a falta de apontamento do dispositivo legal violado, ainda que com fundamento apenas na alínea 'c' do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, configura deficiência na fundamentação, óbice contido na Súmula n. 284/STF." (AgRg no AREsp 1420263/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 05/04/2019).

De mais a mais, no âmbito do agravo regimental a parte deve refutar os fundamentos da decisão monocrática impugnada, não lhe sendo permitido corrigir a argumentação, suprindo falhas anteriores, como a indicação de suposta violação de texto de lei federal não questionado no momento oportuno, em razão da preclusão consumativa.

Por outro lado, observa-se a ilegalidade do acórdão impugnado no que diz respeito à não incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo de rigor, portanto, a concessão da ordem, de ofício, para aplicar o referido redutor na fração máxima.

No caso, as instâncias ordinárias não aplicaram a minorante com amparo nos seguintes fundamentos:

"Explico que deixo de aplicar a causa de redução de pena do § 40, do artigo 33, da Lei 11.343/06, em razão de condenação anterior por tráfico de drogas nos autos 0050619-80.2018.8.13.0707, haja vista que tal condenação reconheceu o tráfico privilegiado e ainda que não haja nos autos prova de que tenha ocorrido o trânsito em julgado, demonstra que o réu se dedica à traficância" (e-STJ, fl. 179 da sentença).

"Evidente aqui a inviabilidade de aplicação do tráfico privilegiado, posto que, da análise da CAC de fls. 100/1 00-v, vejo que o acusado se dedica à atividade criminosa, já tendo respondido a outro processo criminal e tendo sido beneficiado anteriormente com o §4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 (autos n. 0055289-

De acordo com o § 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.

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 com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou reiteradas vezes no sentido de que inquéritos e processos em curso não devem ser aferidos em desfavor do agente na dosimetria da pena, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade. Apoiado nesse entendimento, vem decidindo ser inadmissível a utilização de ação penal em curso para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

A seguir os julgados que respaldam esse entendimento:

"HABEAS CORPUS– RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SUBSTITUTIVO. O fato de, em tese, ser cabível, contra o ato impugnado, recurso extraordinário não inviabiliza o habeas corpus. PENA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO – ATIVIDADE CRIMINOSA – DEDICAÇÃO – PROCESSO EM CURSO. Revela-se inviável concluir pela dedicação do acusado a atividade criminosa, afastando-se a incidência da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, considerado processo-crime em tramitação."(HC 199309, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 24/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 16-06-2021 PUBLIC 17-06-2021)."

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054-RG/SC. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente. II – A aplicação da causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal. III- Agravo regimental a que se nega provimento." (RE 1283996 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 02-12-2020 PUBLIC 03-12-2020).

A Sexta Turma inclusive há algum tempo vem acolhendo o decidido pelo Supremo Tribunal Federal. A propósito cito: AgRg no HC 654.773/MT, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/8/2021, DJe 16/8/2021; AgRg no HC 673.030/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/8/2021, DJe 16/8/2021.

Nesse contexto, no julgamento do HC n. 664.284/ES de minha lavra, julgado na sessão do dia 22/9/2021, publicado em 27/09/2021, propus aos demais Ministros a uniformização do posicionamento de ambas as Turmas desta Corte Superior, o que foi unanimemente acatado,

estando assim ementado:

"PROCESSO 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. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO ENTRE AS TURMAS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 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. Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício. 2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que 'A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal' (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior. 3. Habeas corpus não conhecido. Contudo, concedo a ordem, 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 ser definida pelo Juízo de Execução."

No caso, o Tribunal *a quo* não aplicou o tráfico privilegiado ao recorrente, a despeito do princípio da não culpabilidade, não obstante se trate de réu primário e que não tem maus antecedentes. Noutro giro, embora os parâmetros descritos no art. 42 da Lei de Drogas sejam considerados como elementos idôneos para se modular a causa de redução da pena, segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, verifica-se que o *quantum* de drogas apreendido (no caso, 2,4 g de cocaína, na forma de crack) não é suficiente para se inferir a dedicação do acusado ao comércio espúrio, sobretudo por ser tecnicamente primário e de bons antecedentes.

Sobre o tema, transcrevo os seguintes julgados do STJ que respaldam esse entendimento, com destaques:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NEGATIVA DE RECONHECIMENTO FUNDAMENTADA NA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NOVA DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. REGIME SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS, CONTUDO, PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A CONVERSÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação

demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. No presente caso, a Corte de origem afastou a aplicação da redutora do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, reconhecida pelo juízo de primeiro grau, por entender que a quantidade de drogas apreendidas demonstrava o envolvimento habitual com o tráfico.

2. Contudo, tal entendimento não deve ser mantido. Isso se dá porque **este Tribunal Superior vem decidindo que a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, isoladamente, não legitima o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, se dissociada de outros elementos de prova aptos a atestar que o agente efetivamente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.**

3. Quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Além disso, 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.

4. No caso, não obstante a primariedade do paciente e a fixação da pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão, as circunstâncias judiciais não foram consideradas totalmente favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Assim, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime inicial semiaberto se mostra mais adequado.

5. Por fim, quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º, do art. 33, e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

6. Todavia, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição, porquanto, embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo-se, portanto, o requisito objetivo, observo que as circunstâncias do caso, notadamente, a quantidade dos entorpecentes apreendidos, não recomendam a substituição.

7. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 678.922/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO GRAU MÁXIMO. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXORBITANTE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A DEMONSTRAR QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA OU INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

1. O art. 33, § 4º, da Lei de Drogas dispõe que o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 a 2/3 da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. As instâncias ordinárias, embora tenham reconhecido a primariedade do paciente, concluíram que o paciente não fazia jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena, tendo em vista a quantidade da droga apreendida e a ausência de

comprovação de atividade laboral lícita.

3. Esta Corte tem reiterada orientação de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa.

4. Não obstante ser válido o argumento adotado pelas instâncias de origem acerca da quantidade da droga apreendida, tal argumento, por si só, não justifica a fração mínima da benesse.

5. A apreensão de 210,1g (duzentos e dez gramas e um decigrama) de maconha e 4,4g (quatro gramas e quatro decigramas) de cocaína não se mostra suficiente para concluir pela dedicação do ora agravado à atividade criminosa, razão pela qual cabe a concessão da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima.

6. De mais a mais, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, 'a circunstância de o paciente não haver eventualmente comprovado o exercício de atividade laboral não pode militar em seu desfavor na dosimetria da pena, por falta de amparo legal e constitucional, até porque o fato de estar desempregado não traduz, por evidente, conduta ilícita (HC n. 127.096/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 14/12/2009)' (HC n. 265.101/DF, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/2/2014, DJe de 28/2/2014).

7. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 506.354/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 03/06/2020).

Desse modo, passo à nova dosimetria da pena do agravante.

Na primeira fase, mantém-se a pena-base em seu mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase, não há agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, aplico a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em 2/3 (dois terços), assim, a pena pelo delito de tráfico de drogas fica estabelecida em 1 ano e 8 meses de reclusão, e pagamento de 166 dias-multa.

Desse modo, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o suficiente e adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal (HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal (HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental. Todavia, **concedo habeas corpus**, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, redimensionando a pena imposta ao agravante, nos termos da fundamentação.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0204068-2

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
AREsp 2.660.395 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00753862220178130707 10707170075386004

EM MESA

JULGADO: 03/09/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra DANIELA TEIXEIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO HELIOFAR DE JESUS VILLAR

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JOAO MIKE REIS

ADVOGADOS : FABIO GAMA LEITE - MG085224
PAOLA FERREIRA LEITE - MG222384

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JOAO MIKE REIS

ADVOGADOS : FABIO GAMA LEITE - MG085224
PAOLA FERREIRA LEITE - MG222384

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira.