



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 843220 - SC (2023/0272424-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : RENATA SANTOS HERMANN
ADVOGADO : RENATA SANTOS HERMANN - SC059035
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : MICHEL MANARA BORTAGARAI (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **MICHEL MANARA BORTAGARAI**, contra suposto ato coator praticado pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

Insurge-se a impetrante contra acórdão que deu provimento ao apelo ministerial e aumentou a pena do paciente como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 580 dias-multa.

Pretende a impetrante, em síntese, seja reconhecida a minorante do tráfico de drogas, com abrandamento do regime inicial prisional e substituição por penas restritivas de direito.

É o relatório.

Decido.

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.

No que se refere ao reconhecimento da minorante do tráfico de drogas, assim se posicionou o Tribunal de origem:

"[...] O representante do Ministério Público pugna, ainda, pelo afastamento da benesse prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 e os seus consequentes reflexos. Razão lhe assiste, vejamos. Isso porque, a benesse prevista no dispositivo legal supracitado permite a diminuição, de um sexto a dois terços, das penas aplicadas aos crimes descritos no *caput* e §1º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, sempre que o Agente for primário, de bons antecedentes, e não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização para o mesmo fim. Segundo Renato Marcão, “a redução de pena não constitui mera faculdade conferida ao magistrado, mas direito subjetivo do réu, desde que presentes os requisitos”.(MARCÃO, Renato. Tóxicos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183). No caso, segundo se infere do caderno processual, além dos depoimentos dos Policiais Militares, tem-se os Autos de Exibição e Apreensão (Evento 1, P_FLAGRANTE6, Página 10/11) e de Constatação (Evento 1, P_FLAGRANTE6, Página 14/15), além do Laudo Pericial anexado ao Evento 17 dos

autos 5031112-18.2022.8.24.0023, que confirmam a quantidade e nocividade do entorpecente apreendido e demonstra que ele se dedicava habitualmente às atividades criminosas ligadas ao tráfico de drogas, não satisfazendo os requisitos necessários para a concessão do benefício. Em que pese os entorpecentes não terem sido apreendidos em expressiva quantidade (aproximadamente 11,7 gramas de maconha fracionados em duas porções e 12,7 gramas de cocaína divididos em vinte e uma porções), não há como deixar de reconhecer seu alto grau de nocividade que, não fosse a operosidade da força policial, fatalmente atingiria considerável número de usuários, o que permite não aplicar a benesse. Além disso, a abordagem do Recorrido se deu justamente porque os Agentes públicos já tinham informações acerca do envolvimento dele com o comércio de drogas e, quando da prisão em flagrante do réu, ele tinha sido agraciado com a liberdade provisória nos autos 5026656-25.2022.8.24.0023, no dia 15 de fevereiro de 2022, pela suposta prática do delito de tráfico de drogas e, em 20 de fevereiro, foi novamente preso em flagrante pelo mesmo crime. Não fosse suficiente, em pesquisa ao EPROC, constata-se que menos de um mês após ser posto em liberdade nestes autos, o Recorrido voltou a ser preso em flagrante no dia 21 de maio de 2022, também pelo crime de tráfico de drogas (autos n. 5070482-04.2022.8.24.0023). Desta forma, diante das informações dos policiais dando conta de que o Apelado praticava o tráfico de drogas de maneira habitual, verifico que não merece a mitigação de pena, por não preencher o agente os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Portanto, embora o Apelado seja tecnicamente primário e não integre organização criminosa, tudo indica que se dedicava às atividades criminosas, não preenchendo um dos requisitos necessários à concessão da causa especial de diminuição de pena. [...]. Diante do exposto, resta demonstrado que o Apelado se dedicava ao crime, situação que, por si só, impossibilita a incidência da minorante concedida pelo Magistrado a quo, haja vista que, para conceder a benesse prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, o agente necessita ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar a organização criminosa, os quais são cumulativos, e não alternativos. Destarte, tem-se por comprovado que o Apelado não comercializava estupefacientes de maneira esporádica, tornando-se inviável a manutenção da condenação por tráfico privilegiado (§4º, do art. 33, da Lei de Drogas), devendo a sentença a quo ser reformada, para aplicar ao Apelado as sanções do caput do mencionado dispositivo legal. Assim, diante do afastamento da benesse prevista no §4º, do art. 33, da Lei n.11.343/06 concedida pelo Magistrado a quo, altera-se a pena arbitrada ao Apelado para o crime de tráfico de entorpecentes, fixando-a em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, cada qual no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos." (e-STJ, fls. 21-23).

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 integrarem organizações criminosas.

No que tange aos fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para o afastamento da minorante, entendo que a mera menção a elementos inerentes ao crime de tráfico equivale à ilação, não sendo suficiente ao afastamento da causa de diminuição, uma vez que não demonstrada, de modo concreto, a dedicação do paciente às atividades criminosas. Essa é a posição da jurisprudência desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS.

IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.977.027/PR (Rel. Ministra Laurita Vaz, acórdão pendente de publicação), submetido ao rito dos recursos repetitivos, fixou a tese de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.
2. O fato de o acusado estar na companhia de outras pessoas, configura mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico de drogas, não podendo tal circunstância levar a crer que ele seria dedicado a atividades criminosas.
3. A quantidade da substância trazida pelo réu não foi tão expressiva (256 g de cocaína) a ponto de levar à conclusão de que ele não ostente a condição de traficante eventual, de modo a não ser merecedor da minorante em questão.
4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 2.183.600/MG, relator **Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma**, julgado em 25/10/2022, DJe de 28/10/2022.)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP PELA CORTE DE ORIGEM. ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. INCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Diferentemente do que alega o recorrente, a Corte local examinou em detalhe todos os argumentos defensivos, apresentando fundamentos suficientes e claros para refutar as alegações deduzidas, razão pela qual foram rejeitados os aclaratórios. Dessarte, não se verifica omissão na prestação jurisdicional, mas mera irresignação da parte com o entendimento apresentado na decisão, situação que não autoriza a oposição de embargos de declaração. Nesse contexto, tem-se que o fato de não ter sido acolhida a irresignação da parte, apresentando a Corte local fundamentação em sentido contrário, por certo não revela violação do art. 619 do Código de Processo Penal.
2. A Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.887.511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, realizado em 9/6/2021, DJe 1º/7/2021, decidiu que a aplicação do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não pode ser afastada somente com fundamento na natureza, na diversidade e na quantidade da droga apreendida, sendo necessário que esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.
3. A incidência da causa de diminuição da pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, aplicada na fração de 2/3, em razão da quantidade total das drogas apreendidas (127,91g de maconha e 14,95g de crack), apesar da natureza altamente deletéria de uma delas (crack), mostrou-se razoável e proporcional.
4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 2.177.865/RN, relator **Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma**, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022.)

Desta, feita, não obstante a elevada quantidade de drogas apreendida em poder do paciente (11,7g de maconha e 12,7g de cocaína), obriga-se a incidência da minorante no patamar máximo.

Passo à dosimetria da pena.

Fixo a pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão, em face da culpabilidade negativamente avaliada, haja vista o crime ter sido cometido dias após a obtenção de liberdade provisória em outro processo. Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes, mantenho a pena no patamar inicial. Na terceira fase, faço incidir a causa de diminuição do §4º do art. 33 da

Lei n. 11.343/06 no patamar de 2/3, tornando-a definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão. Reajusto, proporcionalmente, a pena de multa para 194 dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena será o semiaberto, *ex vi* do art. 33, § 2º, b, e §3º, do Código Penal, ante a presença de circunstância judicial desfavorável.

Incabível, em igual sede, a substituição por penas restritivas de direito, pois ausentes os requisitos do art. 44, III, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para, reconhecendo a minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, fixar a pena do paciente em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 194 dias-multa.

Comunique-se, **com urgência**, ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, bem como à 2ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis/SC.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de agosto de 2023.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator