



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 891375 - SC (2024/0046258-7)

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : OSVALDO JOSE DUNCKE  
**ADVOGADOS** : OSVALDO JOSE DUNCKE - SC034143  
MATHEUS PARANHOS MENNA DE OLIVEIRA - SC052862  
DANIEL DUNCKE - SC067459  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PACIENTE** : ANTONI VERDIER FORTES GAERTNER DA CUNHA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANTONI VERDIER FORTES GAERTNER DA CUNHA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento da Apelação n. 5006155-28.2023.8.24.0019.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 700 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, ambos da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fl. 287/297).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal *a quo* negado provimento ao recurso (e-STJ fls. 442/451).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/21), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois não aplicou a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Alega que o Recorrente atende a todos os requisitos acima elencados, porquanto é primário, registra bons antecedentes, não há prova concreta de que se dedique a atividades criminosas, até porque trabalha lícitamente (e-STJ fls. 16/17).

Assim, ao final, no pedido liminar, requer a suspensão dos efeitos da condenação até o julgamento final deste *writ* e, no mérito, a concessão da ordem para

*aplicar a causa especial de diminuição do tráfico privilegiado na fração máxima, bem como analisar os eventuais consectários (regime, substituição por restritivas, e aplicação proporcional da pena de multa) (e-STJ fl. 20).*

É o relatório. **Decido.**

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.

Na espécie, embora o 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.

Acerca do rito a ser adotado para o julgamento desta impetração, as disposições previstas nos arts. 64, III, e 202, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de *habeas corpus* e de recurso em *habeas corpus*, a pretensão que se conforme com súmula ou com a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contraria (AgRg no HC 513.993/RJ, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 1º/7/2019; AgRg no HC 475.293/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 3/12/2018; AgRg no HC 499.838/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe 22/4/2019; AgRg no HC 426.703/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018; e AgRg no RHC 37.622/RN, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 14/6/2013).

Nesse diapasão, *uma vez verificado que as matérias trazidas a debate por meio do habeas corpus constituem objeto de jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal, não há nenhum óbice a que o Relator conceda a ordem liminarmente, sobretudo ante a evidência de manifesto e grave constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente, pois a concessão liminar da ordem de habeas corpus apenas consagra a exigência de racionalização do processo decisório e de efetivação do próprio princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII,*

da Constituição Federal, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC n.45/2004 com status de princípio fundamental (AgRg no HC 268.099/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 13/5/2013).

Na verdade, a ciência posterior do *Parquet*, longe de suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido (EDcl no AgRg no HC 324.401/SP, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016).

Em suma, para conferir maior celeridade aos *habeas corpus* e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ antes da ouvida do *Parquet* em casos de jurisprudência pacífica (AgRg no HC 514.048/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019).

Possível, assim, a análise do mérito da impetração, já nesta oportunidade.

Busca-se, em síntese, que seja aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima de 2/3.

Quanto à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sabe-se que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual.

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

Na espécie, observa-se que ao manter a negativa de aplicação da redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal *a quo* considerou que (e-STJ fls. 447/448):

*Ainda na terceira fase da dosimetria, o acusado requer o reconhecimento e a*

*incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.*

*In casu, a Magistrada sentenciante considerou a quantidade de substância apreendida bem como, a circunstância de se tratar de transporte interestadual, o que somados, indicam que o acusado vinha se dedicando à atividade criminosa, vejamos:*

*[...]*

*Sendo os requisitos para concessão do benefício cumulativos, deve o beneficiário preencher as quatro exigências, o que in casu não ocorre, uma vez que o acusado se dedicava à atividade criminosa, o que é facilmente aferível pelo contexto fático, que envolve tráfico interestadual de expressiva quantidade de drogas, mediante transporte rodoviário, cenário incompatível com o traficante de primeira viagem.*

*Por certo, não se ignora que o Supremo Tribunal Federal tenha consolidado, por meio do Tema de Repercussão Geral n. 712, que os vetores natureza e quantidade da droga devem ser utilizados somente em uma das fases da dosimetria da pena, sob pena de violação ao princípio do non bis in idem, contudo, no presente caso, a negativa à concessão do benefício vem acompanhada de outro aspecto inerente ao caso concreto, a qual se mostra absolutamente pertinente ao afastamento do redutor requerido, ao contrário do alegado pelo apelante.*

*Assim, afasta-se o pedido de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no no art. 33, § 4º, Lei n. 11.343/06.*

Observa-se que os argumentos utilizados não foram suficientes para afastar a causa de diminuição, uma vez que o Tribunal *a quo* não apontou quais as provas e circunstâncias concretas ensejaram o entendimento de que o paciente se dedica a atividade criminosa ou integra organização criminosa, valendo ressaltar que não constitui fundamento idôneo para afastar o tráfico privilegiado a consideração da quantidade de drogas e a interestadualidade do tráfico, sobretudo quando esta última circunstância já foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para incidência da majorante do art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006.

Ressalte-se, no ponto, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é de que *a simples referência ao transporte interestadual de drogas não permite presumir a dedicação habitual da Acusada a atividades criminosas, haja vista que a jurisprudência desta Corte de Justiça vem exigindo que a negativa da minorante esteja respaldada em um conjunto de elementos robustos que apontem, com segurança, o engajamento criminoso do agente* (AgRg no HC n. 792.688/MS, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 25/8/2023).

Nesse sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E DESOBEDIÊNCIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. MULA, AUSÊNCIA DE EMPREGO LÍCITO E INTERESTADUALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA SE NEGAR A INCIDÊNCIA DA REDUTORA.*

*AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE O AGENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA OU INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RECONHECIDA A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO V, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) E INFERIOR A 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.*

*1. Para que o agente seja beneficiado com a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, devem ser preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: ser o agente primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.*

*2. Conforme a atual jurisprudência desta Corte Superior, a quantidade de droga deve estar associada a outras circunstâncias do caso concreto para obstar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.*

*3. A jurisprudência desta Corte, acompanhando o atual posicionamento do STF, entende que a mera condição de "mula" do tráfico, isoladamente considerada, não permite concluir que o agente integre organização criminosa, sendo fundamental que haja prova incontestável de envolvimento estável e permanente com grupo criminoso, a fim de obstar a aplicação do benefício.*

*4. Consoante precedentes desta Corte, "(...) a ausência de comprovação de exercício de trabalho ou emprego lícito não gera presunção de dedicação do paciente ao tráfico de drogas" (AgRg no HC n. 494.508/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 10/5/2019.)*

*5. A pesar da expressiva quantidade de droga apreendida (241kg de maconha), verifica-se que não foram apontados outros elementos concretos e válidos para demonstrar que o acusado se dedica à atividade criminosa ou que integra organização criminosa, devendo incidir o benefício do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, sobretudo considerando que a interestadualidade foi valorada, na terceira etapa do cálculo penal, para reconhecer a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006.*

*6. Cotejados a quantidade de droga apreendida e a valoração negativa de circunstância judicial, com fixação da pena-base acima do mínimo legal, deve ser mantido o regime inicial fechado, nos termos dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, c.c. o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*

*7. Fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, vedada a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, a teor do artigo 44, inciso I, do Código Penal.*

*8. Agravo regimental desprovido.*

*(AgRg no HC n. 765.343/MS, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 4/10/2023)*

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONDIÇÃO DE MULA. REDUÇÃO DEVIDA NA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL DESPROVIDO.*

*1. No caso, as instâncias ordinárias afastaram a minorante do tráfico privilegiado considerando, tão somente, o transporte interestadual de expressiva quantidade de entorpecente mediante pagamento e a ausência de*

**comprovação de atividade lícita.**

2. Conforme a orientação do Superior Tribunal de Justiça, "a falta de ocupação lícita, por si só, não constitui fundamento idôneo para a negativa da minorante do tráfico" (AgRg no HC n. 700.702/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021). Além disso, a simples referência ao transporte interestadual de drogas não permite presumir a dedicação habitual da Acusada a atividades criminosas, haja vista que a jurisprudência desta Corte de Justiça vem exigindo que a negativa da minorante esteja respaldada em um conjunto de elementos robustos que apontem, com segurança, o engajamento criminoso do agente.

3. Outrossim, de acordo com o entendimento fixado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si só, afastar a aplicação do redutor especial.

4. Não tendo sido devidamente justificado o afastamento da minorante do tráfico privilegiado na hipótese, o citado redutor deve incidir na dosimetria da pena da Agravada, ainda que na fração mínima de 1/6 (um sexto), dada a maior gravidade da conduta decorrente do exercício da função de "mula" do tráfico.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 792.688/MS, relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 25/8/2023)

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE EXACERBADA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. APLICAÇÃO. REGIME PRISIONAL. ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.**

1. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada.

Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

2. Hipótese em que as penas-base foram majoradas em 1 ano de reclusão com fundamento na quantidade e na natureza da droga apreendida (9g de crack). Todavia, sendo ínfimo o quantum de entorpecente e tendo em vista a análise favorável das demais circunstâncias judiciais, não se mostra adequado o aumento operado pela instância ordinária.

3. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

4. No caso, as instâncias antecedentes não indicaram elementos suficientes para comprovar a habitualidade delitiva dos agentes, na medida em que destacaram tão somente a quantidade dos entorpecentes apreendidos e a interestadualidade do delito, circunstância esta inclusive já aferida na aplicação da majorante do art. 40, V, da Lei de Drogas.

5. Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão, verificada a primariedade dos agentes 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.*

*6. Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade dos agentes e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.*

*7. Agravo desprovido.*

*(AgRg no HC n. 736.970/SC, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 14/6/2022)*

Verifica-se, desse modo, apesar da expressiva quantidade de drogas, que os argumentos utilizados pelas instâncias ordinárias não são suficientes para afastar a aplicação da referida causa de diminuição, uma vez que não demonstram qualquer circunstância do caso concreto que caracterize a dedicação do paciente à atividade criminosa ou que o mesmo integre organização criminosa, o que contraria a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, necessário o reconhecimento da incidência da causa de diminuição da pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* da redução do benefício do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, 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 n. 529.329/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 19/9/2019, DJe 24/9/2019). Precedentes: AgRg no HC n. 518.533/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 10/9/2019, DJe 18/9/2019; AgRg no Resp n. 1.808.590/MG, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 20/8/2019, DJe 4/9/2019; AgRg no AREsp n. 1.281.254/TO, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 13/8/2019, DJe 27/8/2019; e AgRg no HC n. 490.027/SC, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 13/8/2019, DJe 27/8/2019.

Salienta-se, no ponto, que a Terceira Seção, no julgamento do HC n. 725.534/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, realizado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022, reafirmou seu posicionamento anterior, conforme estabelecido no ARE n. 666.334/AM, do Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham

sido consideradas na primeira fase do cálculo da pena, o que configuraria o indevido *bis in idem*.

No presente caso, tendo a quantidade da droga apreendida sido utilizada para exasperar a pena-base, necessário o reconhecimento da incidência da causa do tráfico privilegiado na fração de 2/3 (um terço), em observância ao decidido no ARE n. 666.334/AM, julgado pelo STF sob o regime da repercussão geral, em que se firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, ou seja, tal valoração só pode ser considerada na primeira ou na terceira fases do cálculo da pena.

Dessa forma, mantidos os critérios da Corte de origem até a segunda fase da dosimetria da pena e, na segunda fase, aplicando o redutor do tráfico privilegiado em 2/3 (dois terços) e, em seguida, a majorante da interestadualidade em 1/6, fica a pena definitiva do paciente em 2 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 233 dias-multa.

Tendo em vista o redimensionamento da pena, necessário readequar o regime de cumprimento.

Apesar de o novo montante da sanção – inferior a 4 anos de reclusão – permitir isoladamente, em tese, a fixação do regime inicial aberto, deve ser estabelecido o regime semiaberto, haja vista a gravidade concreta da conduta perpetrada, consubstanciada na quantidade e natureza de entorpecente apreendidos (1.167,8g de maconha e 1.142,1g de cocaína - e-STJ fl. 287), o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como *in casu*, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do *quantum* de pena imposta, de modo que deve ser fixado o regime inicial semiaberto para o paciente, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, por expressa vedação legal, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio** para fixar as sanções do paciente, pelo delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em 2 anos e 4 meses de reclusão, além de 233 dias-multa, no regime inicial semiaberto.



Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau.

Intimem-se.

Brasília, 21 de fevereiro de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator