



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 906667 - GO (2024/0134497-0)

RELATOR : **MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)
IMPETRANTE : SANDRO JOSE ROSA
ADVOGADO : SANDRO JOSÉ ROSA - GO023941
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : JEFERSON BARBOSA RODRIGUES DA MOTA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JEFERSON BARBOSA RODRIGUES DA MOTA no qual se aponta como Autoridade Coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS, na Apelação Criminal n. 5284363-06.2020.8.09.0006.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

Em segunda instância, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso de apelação interposto pela Defesa.

Neste *writ*, a Defesa alega, em síntese, a desproporcionalidade do *quantum* de exasperação da pena-base, bem como a ausência de fundamentação idônea para o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Requer, liminarmente, a suspensão da execução da pena até o julgamento final do *mandamus*. No mérito, pleiteia o redimensionamento das penas, nos termos explicitados.

Liminar indeferida (fls. 833/834).

Foram prestadas informações às fls. 839/842, 844/847 e 848/852.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 150-153, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

DECIDO.

No tocante à primeira fase da dosimetria, a Corte estadual consignou

o seguinte (fls. 828/829):

Na sentença (vol. 1, fl. 396), a pena-base foi fixada em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (seiscentos) dias-multa, em razão da negatividade pela quantidade e natureza das drogas: “Quanto à quantidade de substâncias: foi apreendida uma quantidade elevada de substância entorpecente, sendo 118 (cento e dezoito) porções pulverizadas de cocaína, com massa bruta de 129,843 g (cento e vinte e nove gramas e oitocentos e quarenta e três miligramas) e 02 (duas) porções empedradas da mesma substância, com massa bruta de 138,578 g (cento e trinta e oito gramas e quinhentos e setenta e oito miligramas), motivo pelo qual tenho a presente circunstância como desfavorável; Quanto à natureza da substância: pesa contra o acusado. A substância cocaína tem aptidão de causar dependência imediata com a primeira experimentação, permitindo, de igual forma, exacerbar o grau de censurabilidade do comportamento do imputado, com preponderância valorativa sobre as demais circunstâncias (artigo 42,LD)”. Restou definitiva em 07 anos e 700 dias-multa, ante a inexistência de outras causas modificadoras.

Apresentada, portanto, fundamentação idônea na valoração desfavorável dos critérios natureza e quantidade das substâncias apreendidas em poder do réu, com justificação em dados concretos, inviabiliza a redução da pena-base fixada, devendo-se manter o patamar alcançado, 7 anos de reclusão, mormente por adequado as finalidades repressiva e preventiva da sanção penal; na pena intermediária não houve alteração; na terceira fase, ressaltou a sentença que o réu possui outros registros penais em andamento, inclusive, uma condenação por tráfico de drogas e posse de arma de uso permitido, sem trânsito em julgado (vol. 1, fl. 367 – autos n.86820-51.2018.8.09.0006), demonstrando dedicação e maior envolvimento, não se tratando de traficante ocasional, o que inviabiliza a aplicação da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, tal como orienta a jurisprudência superior (Precedentes: STF, HC n. 108.135/MT; STJ, AgRg no HC 627087/RS).

Como se vê, as instâncias ordinárias sopesaram negativamente a quantidade e a natureza da droga apreendida para exasperar a pena-base na primeira fase da dosimetria.

No entanto, a despeito da natureza da droga, a quantidade de entorpecente apreendido - 268,421g de cocaína - não pode ser considerada suficientemente relevante a ponto de fixar a pena-base acima do mínimo legal, pois não demonstra, por si só, maior reprovabilidade da conduta delituosa prevista no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. A pena-base, desse modo, deve ser reduzida ao mínimo legal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *"Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o juízo, ao fixar a pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006" (AgRg no HC n. 736.623/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 30/5/2022.)*

2. *No caso, a decisão agravada afastou o acréscimo da pena-base pois, não obstante a natureza gravosa da droga apreendida, trata-se, no caso, de quantidade que não é expressiva (220,7g de cocaína e 163,690g de maconha), o que vai ao encontro da orientação desta Corte Superior, no sentido de que a apreensão de quantidade não relevante de droga não constitui, de forma isolada, motivo apto à manutenção da segregação cautelar.*

3. *Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 834.172/PA, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 15/4/2024, DJe de 18/4/2024 - grifamos)*

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. OMISSÃO. VÍCIO CONSTATADO. TRÁFICO DE DROGAS DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. *Consoante o disposto no art. 619 do Código de Processo Penal, a oposição de embargos de declaração enseja, em síntese, o aprimoramento da prestação jurisdicional, por meio da retificação do julgado que se apresenta omisso, ambíguo, contraditório ou com erro material.*

2. *São inadmissíveis, portanto, quando, a pretexto da necessidade de esclarecimento, aprimoramento ou complemento da decisão embargada, objetivam, em essência, o re julgamento do caso.*

3. *O Juízo sentenciante, atado à discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto e, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal.*

Tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas, deve considerar, ainda, de forma preponderante, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. *Nos autos em exame, apesar de a natureza da substância constituir elemento preponderante a ser considerado na dosimetria da reprimenda, foi apreendida quantidade não elevada de drogas, montante inerente ao próprio crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.*

5. Embargos acolhidos para suprir a omissão, e tornar a reprimenda imposta ao réu definitiva em 6 anos, 6 meses e 22 dias de reclusão e 657 dias-multa. (EDcl no HC n. 835.645/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/12/2023, DJe de 20/12/2023 - Quantidade de droga apreendida: 241 g de cocaína - grifamos)

Quanto à minorante do tráfico privilegiado, cumpre salientar que são condições para que o condenado faça jus à referida diminuição da pena: **ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas**. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

No caso, o Tribunal de origem manteve o afastamento do redutor, nos seguintes termos (fl. 829; grifamos):

*Apresentada, portanto, fundamentação idônea na valoração desfavorável dos critérios natureza e quantidade das substâncias apreendidas em poder do réu, com justificação em dados concretos, inviabiliza a redução da pena-base fixada, devendo-se manter o patamar alcançado, 7 anos de reclusão, mormente por adequado as finalidades repressiva e preventiva da sanção penal; na pena intermediária não houve alteração; **na terceira fase, ressaltou a sentença que o réu possui outros registros penais em andamento, inclusive, uma condenação por tráfico de drogas e posse de arma de uso permitido, sem trânsito em julgado (vol. 1, fl. 367 – autos n.86820-51.2018.8.09.0006), demonstrando dedicação e maior envolvimento, não se tratando de traficante ocasional, o que inviabiliza a aplicação da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, tal como orienta a jurisprudência superior (Precedentes: STF, HC n. 108.135/MT; STJ, AgRg no HC 627087/RS).***

Como se percebe, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 foi indeferida porque o paciente ostenta **ação penal em andamento**.

Registro, porém, que a Suprema Corte consignou que, na ausência das demais situações impeditivas da causa de diminuição da pena, tão somente **a existência de ações penais sem trânsito em julgado não pode justificar a negativa de minorante**, na esteira do entendimento, firmado sob a sistemática da repercussão geral, de que, "*ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais*" (RE 591.054, Tema n. 129, Rel. Ministro Marco Aurélio, Pleno, DJe 26/02/2015).

A referida matéria, aliás, foi pacificada nesta Corte Superior de Justiça por ocasião do julgamento dos **Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR**, realizado em 10/08/2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos (**Tema n. 1.139**), oportunidade em que a Terceira Seção firmou a seguinte tese: "**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.**"

Os acórdãos apresentam a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA.

1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais.

2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso.

3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza.

4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena.

5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de

fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles.

6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante.

7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis.

8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. **O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto.**

9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos.

10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas

concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice.

11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma 'análise de contexto' para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado 'não é tão inocente assim', o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos.

12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: **'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'**. A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017).

13. Recurso especial provido. (grifamos)

Desse modo, a causa de diminuição deve incidir no **grau máximo** na espécie, pois não foram indicadas outras circunstâncias do caso aptas a justificar a fixação de outra fração.

Fixadas essas premissas, passo a redimensionar a pena do Paciente.

Na primeira fase de aplicação da pena, fixo a pena-base no mínimo legal: 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na segunda etapa, não há circunstâncias agravantes e atenuantes a serem consideradas.

Na terceira fase, aplico a causa especial de diminuição de pena no patamar de 2/3 (dois terços). Assim, na ausência de causas de aumento, fica estabelecida a reprimenda definitiva em 01 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário legal.

Considerando as circunstâncias apreciadas na formulação da nova

dosimetria, tendo sido estabelecida pena de reclusão inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, e a ausência de circunstâncias judiciais negativas, o regime inicial de cumprimento de pena adequado é o **aberto**, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, **bem como cabível a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos**, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para, reformando o acórdão impugnado e a sentença condenatória, redimensionar as penas do paciente, nos termos desta decisão.

Comunique-se, com urgência, à Corte de origem e ao Juízo de primeira instância.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de julho de 2024.

Ministro OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(Desembargador Convocado do TJSP)
Relator