



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 858761 - RS (2023/0359267-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : DENILSON SILVEIRA XAVIER FILHO (PRESO)
ADVOGADOS : JULIANA ROCHA COSTA - RS077482
JULIETH GONÇALVES DOS SANTOS - RS100036
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006.

AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça restringe a admissibilidade do *habeas corpus* quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via própria.

2. A negativa de aplicação do redutor do tráfico privilegiado foi fundamentada na existência de ações penais em curso. Tal entendimento destoa da jurisprudência desta Corte.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 10/09/2024 a 16/09/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 16 de setembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 858761 - RS (2023/0359267-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : DENILSON SILVEIRA XAVIER FILHO (PRESO)
ADVOGADOS : JULIANA ROCHA COSTA - RS077482
JULIETH GONÇALVES DOS SANTOS - RS100036
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006.

AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça restringe a admissibilidade do *habeas corpus* quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via própria.

2. A negativa de aplicação do redutor do tráfico privilegiado foi fundamentada na existência de ações penais em curso. Tal entendimento destoa da jurisprudência desta Corte.

3. Agravo regimental não provido.

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. 51-52 (e-STJ):

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de DENILSON SILVEIRA XAVIER FILHO em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (Apelação Criminal 0017431-13.2018.8.21.7000).

O paciente foi condenado à pena de 4 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 615 dias-multa,

pela prática dos crimes previstos no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 e art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003.

A apelação interposta pela defesa foi parcialmente provida, e integralmente provida a interposta pelo Ministério Público para redimensionar a pena para 8 anos e 5 meses de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 555 dias-multa.

A defesa alega: a) "a quantidade e variedade da droga devem ser preponderantemente valoradas para fixação da pena base, no entanto o quantumda reprimenda em desfavor do paciente fixado em acórdão, de 17 meses, desborda dos limites da razoabilidade e proporcionalidade bem como destoa do que vem sendo considerado razoável por esta Corte quando valorada negativamente apenas uma circunstância, como ocorreu no caso ora em análise" (e-STJ fl. 8); b) "a propensão à atividade criminosa utilizada como fundamento para afastamento da privilegiadora no acórdão encontra-se baseada apenas no campo abstrato uma vez que baseada em processos em curso e que ao final sequer levaram o recorrente à condenação antes da decisão ora combatida" (e-STJ fl. 9); c) "o réu não é tecnicamente reincidente tampouco possui maus antecedentes" (e-STJ fl. 11); e d) "a apreensão da arma de fogo se deu nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar em que apreendidas as drogas, não havendo elementos que afastem o entendimento de que a arma tenha sido utilizada no contexto do tráfico de drogas para proteção do paciente e dos estupefacientes que transportava, devendo por isso o crime do art. 16, da Lei (e-STJ Fl.51) Documento eletrônico juntado ao processo em 08/10/2023 às 12:00:11 pelo usuário: SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS

Documento eletrônico VDA38709990 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006 Signatário(a): MINISTRO João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) Assinado em: 08/10/2023 11:49:05 Publicação no D

Je/STJ nº 3736 de 10/10/2023. Código de Controle do Documento: 1359f230-d4bf-4327-b319-b63b245f58cf

10826/2003 ser absorvido e aplicada a majorante do art. 40, IV, da Lei 11.343/2006 em seu patamar mínimo" (e-STJ fls. 11-12).

Requer, liminar e definitivamente, deferimento da ordem para: a) reconhecer a ilegalidade do aumento da pena base; b) aplicar o redutor do tráfico privilegiado; c) desclassificar o crime do art. 16, da Lei 10.826/2003 para a majorante do art. 40, IV, da Lei de Drogas; e d) redimensionada a sanção, substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida pelo Min. João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1) (e-STJ fls. 51-53).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 59-101, 102-144 e 148-153.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do writ e, alternativamente, pela concessão parcial da ordem de ofício (e-STJ fls. 156-

161), em parecer assim ementado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO CABÍVEL NAESPÉCIE. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO AO USO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVAÇÃO DA PERSONALIDADE NA 1ª FASE DA DOSIMETRIA E AFASTAMENTO DA REDUTORA DO ART. 33, §4.º, DA LEI DE TÓXICOS. UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA QUE DEVE SER REFEITA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MAJORANTE DO ART. 40, IV, DA LEI N.º 11.343/2006 INCABÍVEL. NÃO CONHECIMENTO. ALTERNATIVAMENTE, PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. O entendimento atual dessa c. Corte Superior, perfilhando o posicionamento atualmente adotado pelo Pretório Excelso, é o de que se deve utilizar elementos concretos e fundamentação idônea para que tanto para que se eleve a pena-base quanto para que seja afastada a minorante do tráfico privilegiado, não sendo possível a consideração de inquéritos policiais e ações penais em curso com tais finalidades;

2. "No tocante à desclassificação do delito previsto no Estatuto do Desarmamento, extrai-se dos autos que "a dinâmica do flagrante - arma e munição em casa diversa de onde localizado o entorpecente - não revela modo concreto de "emprego" de arma/munição como "processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar a prática do narcotráfico", a significar que, neste contexto, não acresce sentido mais relevante ao tráfico de drogas, pelo que não justificada a aplicação da majorante" (...). Isto é, segundo entendeu o Tribunal de origem, após a minudente análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, houve desígnios autônomos e condutas diversas, motivo pelo qual, para concluir-se em sentido contrário, tal como pretendido pela defesa, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência incabível nesta via eleita" (AgRg no HC n. 797.775/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 19/4/2023);

3. Parecer pelo não conhecimento da impetração; alternativamente, pela concessão parcial do writ, de ofício, ante a ocorrência de flagrante ilegalidade, apenas para refazer-se a dosimetria do Paciente, com relação do crime do art. 33, da Lei de Tóxicos.

A decisão agravada não conheceu do *habeas corpus* e concedeu a ordem de ofício para fixar a pena-base do crime de tráfico de drogas em 6 anos e 3 meses de reclusão e 625 dias-multa, aplicar a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e redimensionar a pena do crime de tráfico de drogas para 1 ano, 8 meses e 25 dias de reclusão e 174 dias-multa, redimensionar a pena de multa do crime de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida para 10-dias multa e fixar a pena definitiva em 4 anos, 8 meses e 25 dias de reclusão, em regime semiaberto, e 184 dias-multa (e-STJ fls. 184-193).

O agravante requer a reconsideração da decisão ou o provimento de

seu recurso pelo colegiado.

Contrarrazões apresentadas às e-STJ fls. 208-212.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo e indicou os fundamentos da decisão recorrida, razão pela qual deve ser conhecido.

No entanto, não verifico elementos suficientes para reconsiderar a decisão proferida, cuja conclusão mantenho pelos seus próprios fundamentos (e-STJ fls. 186-192):

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

"O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício"

(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).

"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"

(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).

"A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça restringe a admissibilidade do habeas corpus quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem de ofício (HC nº 535.063/SP)".

(AgRg no HC n. 741.874/SP, sob a minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 8/3/2024).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

"Do ponto de vista processual, o caso é de habeas corpus substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe habeas corpus para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)

(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

Passo ao exame de ofício.

A concessão de ofício da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade, situação que se verifica de plano na hipótese dos autos.

As controvérsias postas em julgamento são: a) desproporcionalidade da majoração da pena-base em razão da natureza e quantidade das drogas, tendo em vista que o Tribunal local afastou a valoração negativa da personalidade, sem, contudo, alterar o patamar de exasperação; b) ilegalidade da negativa de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 com fundamento em ações penais em curso; e c) necessidade de aplicação do princípio da consunção ao delito de porte de arma com numeração suprimida com desclassificação para a majorante do art. 40, IV, da Lei de Drogas.

A Terceira Seção do STJ, ao apreciar os Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.826.799/RS, adotou a orientação de que "se em ação ou recurso exclusivo da defesa for afastado o desvalor conferido às circunstâncias judiciais equivocadamente negativadas, a pena-base deverá ser proporcionalmente reduzida" (AgRg nos EDcl no HC n. 807.113/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 30/11/2023, DJe de 6/12/2023.)

No caso, a pena-base foi fixada na sentença no seguintes termos (e-STJ fls. 27-28 - grifos acrescidos):

A personalidade do agente vai valorada de forma negativa, considerando que responde a outro processo que apura delitos de tráfico de drogas e de porte de arma (n.º 023/2.17.0000093-6), além de responder a outro por delito de ameaça (n. 2 023/2.17.0003221-8). Tais elementos demonstram que possui a personalidade voltada para o cometimento de ilícitos penais.

[...]

Não há elementos que possam justificar uma aval ação negativa

de sua conduta social. Os motivos do crime são os comuns à espécie delitiva. As circunstâncias são negativas, considerando a diversidade de drogas apreendidas (maconha e crack), bem com que considerável a quantidade encontrada. O comportamento da vítima não há de ser considerado, por ser a coletividade.

Valoradas assim as balizadoras do artigo 59 do Código Penal (considerando negativas a personalidade e as circunstâncias), bem assim as do art. 42 da Lei 11.343/2006 (natureza e quantidade da droga, personalidade e conduta social), e lembrando que a pena prevista para o delito é de 5 a 15 anos, aumento a pena em 1 (um) ano e 5 meses, 1 ano e 3 meses para as circunstâncias e 2 meses para a personalidade (considerando que valorados apenas dois processos). Assim, fica a pena-base fixada em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses.

O Tribunal local entendeu inadequada a valoração negativa da personalidade, sem contudo, reduzir a pena, conforme se verifica do seguinte excerto do acórdão (e-STJ fl. 43):

De outra parte, com respeito ao apenamento atinente ao tráfico de drogas, ainda que contemple a decisão recorrida inadequada valoração do vetor atinente à personalidade, vultosa quantidade, diversidade e nocividade (de uma) das drogas apreendidas (crack), justificam a pena base no patamar estabelecido na sentença (seis anos e cinco meses de reclusão), posteriormente diminuída, em um ano, pela atenuante da menoridade, não havendo falar, aqui, em aplicação da atenuante da confissão espontânea, porquanto o denunciado não admite, nem sequer, a posse da droga.

Portanto, a pena-base deve ser alterada para decotar a majoração de 2 meses de reclusão pela valoração negativa da personalidade, devendo ser fixada em 6 anos e 3 meses de reclusão e 625 dias-multa.

No julgamento do REsp 1.977.027/PR, Tema Repetitivo n. 1.139, a Terceira Seção desta Corte firmou o entendimento de que é inadmissível a utilização de ações penais em curso para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Confira-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENALIS 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.

(REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022 - grifos acrescidos.)

In casu, a Corte a quo afastou a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 com a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 43):

Quanto à minorante de que trata o art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, razão assiste ao Ministério Público, pois, figurando o acusado como réu em três processos outros (um deles pela prática anterior de tráfico de drogas, como visto), mostra-se inviável a observância da minorante em exame, pois tento aponta para a dedicação às atividades criminosas — incluída, a narcotraficância -, obstando, assim, a aplicação da causa de diminuição de pena. Nesse sentido a orientação da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Sendo assim, na medida em que os argumentos aduzidos pelo acórdão não são idôneos para negar a aplicação da causa de diminuição de pena, aplico o redutor do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e, não existindo razões de destaque, faço em seu patamar máximo de 2/3.

Quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida, assim se pronunciou o Tribunal local (e-STJ fl. 42):

Com respeito a outra infração (porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada), também não prospera a inconformidade defensiva. Isso porque, realizada a apreensão da arma de fogo em poder do denunciado, - também aqui recusa a prática da conduta que lhe é imputada, renovando a despropositada alegação de enxerto -, está-se diante de infração de mera conduta e de perigo abstrato, consoante faz ver recente aresto emanado do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

[...]

Por conseguinte, comprovadas existência e autoria do crime imputado ao réu e atestada a eficácia da arma apreendida (auto de apreensão, fls. 13-14; laudo pericial, fl. 25), impositiva, também aqui, decisão condenatória.

A modificação desse entendimento exigiria, no caso, aprofundado reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível na via do habeas corpus.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO PARA A MAJORANTE CONSTANTE NA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES AUTÔNOMOS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DESCABIMENTO. PRISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. No tocante à desclassificação do delito previsto no Estatuto do Desarmamento, extrai-se dos autos que "a dinâmica do flagrante - arma e munição em casa diversa de onde localizado o entorpecente - não revela modo concreto de "emprego" de

arma/munição como "processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar a prática do narcotráfico", a significar que, neste contexto, não acresce sentido mais relevante ao tráfico de drogas, pelo que não justificada a aplicação da majorante" (fl. 35).

2. Isto é, segundo entendeu o Tribunal de origem, após a minudente análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, houve desígnios autônomos e condutas diversas, motivo pelo qual, para concluir-se em sentido contrário, tal como pretendido pela defesa, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência incabível nesta via eleita.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 797.775/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 19/4/2023.)

Passo a redimensionar a pena.

Na primeira fase, fixo a pena-base do crime de tráfico de drogas em 6 anos e 3 meses de reclusão e 625 dias-multa, nos termos acima acima expostos.

Na segunda fase, ausentes agravantes e reconhecida a atenuante da menoridade relativa (e-STJ fl. 28), reduzo a pena em 1/6, o que resulta em 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão e 521 dias-multa.

Na terceira etapa, pelo acima exposto, verificadas as condições para aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, no patamar de 2/3, fixo a pena do crime de tráfico de drogas em 1 ano, 8 meses e 25 dias de reclusão e 174 dias-multa.

A pena do crime de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida foi fixada em 3 anos de reclusão e 15 dias-multa (e-STJ fl. 29), a qual fixo, proporcionalmente, em 10 dias-multa.

Somadas as penas, nos termos do art. 69, caput, do Código Penal, tem-se a pena final de 4 anos, 8 meses e 25 dias de reclusão e 184 dias-multa.

Não observando circunstâncias dignas de nota além daquelas já consideradas na dosimetria da pena, estabeleço o regime semiaberto como inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, b, do CP.

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus e concedo a ordem de de ofício para fixar a pena-base do crime de tráfico de drogas em 6 anos e 3 meses de reclusão e 625 dias-multa, aplicar a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e redimensionar a pena do crime de tráfico de drogas para 1 ano, 8 meses e 25 dias de reclusão e 174 dias-multa, redimensionar a pena de multa do crime de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida para 10-dias multa e fixar a pena definitiva em 4 anos, 8 meses e 25 dias de reclusão, em regime semiaberto, e 184 dias-multa.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 858.761 / RS
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0359267-7

Número de Origem:

00069102220178210023 00174311320188217000 02321700028695 174311320188217000
2321700028695 69102220178210023 70076522192

Sessão Virtual de 10/09/2024 a 16/09/2024

Relator do AgRg

Exma. Sra. Ministra DANIELA TEIXEIRA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JULIANA ROCHA COSTA

ADVOGADOS : JULIANA ROCHA COSTA - RS077482

JULIETH GONÇALVES DOS SANTOS - RS100036

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : DENILSON SILVEIRA XAVIER FILHO (PRESO)

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO

EXTRAVAGANTE - CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE
DROGAS - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AGRAVADO : DENILSON SILVEIRA XAVIER FILHO (PRESO)

ADVOGADOS : JULIANA ROCHA COSTA - RS077482

JULIETH GONÇALVES DOS SANTOS - RS100036

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 10/09/2024 a 16/09/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 16 de setembro de 2024