



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 866471 - SP (2023/0401716-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : CINTIA LIMA MARTINS DE PAULA
ADVOGADO : CINTIA LIMA MARTINS DE PAULA - SP164433
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO TEODORO DA COSTA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE OU PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PESSOAL. INCOMPATIBILIDADE DA QUANTIDADE APREENDIDA. REANÁLISE DE PROVAS. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AFASTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE REDUÇÃO PROPORCIONAL DA PENA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO CABIMENTO. MAUS ANTECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA REDIMENSIONAR A PENA JÁ QUE HOVE APENAS RECURSO DA DEFESA E NÃO PODERIA A PENA SER AUMENTADA PELO TRIBUNAL.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado com o objetivo de obter a desclassificação do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006) para a conduta de posse de drogas para uso pessoal (art. 28 da mesma lei), bem como de redimensionar a pena em razão do afastamento da valoração da quantidade e natureza da droga na dosimetria e aplicar a minorante do tráfico privilegiado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) definir se as circunstâncias do caso permitem a desclassificação do crime de tráfico para posse de drogas para consumo pessoal; (ii) determinar se, ao afastar a valoração negativa da quantidade e natureza da droga na primeira fase da dosimetria, é necessária a redução proporcional da pena-base; (iii) se cabível a incidência da minorante do tráfico privilegiado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A quantidade de drogas apreendidas — 32,7 gramas de

cocaína e 233,9 gramas de crack — é incompatível com o consumo pessoal, especialmente considerando o fato de o réu não ter admitido o uso de crack, droga também encontrada em sua posse, o que reforça a prática de tráfico.

4. A reanálise do acervo fático-probatório, necessária para acolher a pretensão de desclassificação, é vedada na via estreita do habeas corpus, conforme entendimento consolidado nos precedentes desta Corte Superior.

5. O Tribunal de origem afastou a valoração negativa da quantidade e natureza das drogas na primeira fase da dosimetria, mas não reduziu a pena-base, o que configura *reformatio in pejus*, uma vez que é obrigatória a redução proporcional da pena quando uma circunstância judicial negativa é afastada em recurso exclusivo da defesa.

6. A minorante do tráfico privilegiado foi corretamente afastada, pois o paciente possui maus antecedentes, o que inviabiliza a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

IV. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA para, afastando a valoração da quantidade/natureza da droga na primeira fase da dosimetria da pena, redimensionar a pena do paciente pelo crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, 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, 17 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0401716-7

HC 866.471 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00096307520148260136 92322014 96307520148260136

EM MESA

JULGADO: 15/10/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CINTIA LIMA MARTINS DE PAULA
ADVOGADO : CINTIA LIMA MARTINS DE PAULA - SP164433
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO TEODORO DA COSTA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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, concedeu parcialmente a ordem, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 866471 - SP (2023/0401716-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : CINTIA LIMA MARTINS DE PAULA
ADVOGADO : CINTIA LIMA MARTINS DE PAULA - SP164433
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO TEODORO DA COSTA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE OU PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PESSOAL. INCOMPATIBILIDADE DA QUANTIDADE APREENDIDA. REANÁLISE DE PROVAS. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AFASTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE REDUÇÃO PROPORCIONAL DA PENA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO CABIMENTO. MAUS ANTECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA REDIMENSIONAR A PENA JÁ QUE HOVE APENAS RECURSO DA DEFESA E NÃO PODERIA A PENA SER AUMENTADA PELO TRIBUNAL.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado com o objetivo de obter a desclassificação do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006) para a conduta de posse de drogas para uso pessoal (art. 28 da mesma lei), bem como de redimensionar a pena em razão do afastamento da valoração da quantidade e natureza da droga na dosimetria e aplicar a minorante do tráfico privilegiado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) definir se as circunstâncias do caso permitem a desclassificação do crime de tráfico para posse de drogas para consumo pessoal; (ii) determinar se, ao afastar a valoração negativa da quantidade e natureza da droga na primeira fase da dosimetria, é necessária a redução proporcional da pena-base; (iii) se cabível a incidência da minorante do tráfico privilegiado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A quantidade de drogas apreendidas — 32,7 gramas de

cocaína e 233,9 gramas de crack — é incompatível com o consumo pessoal, especialmente considerando o fato de o réu não ter admitido o uso de crack, droga também encontrada em sua posse, o que reforça a prática de tráfico.

4. A reanálise do acervo fático-probatório, necessária para acolher a pretensão de desclassificação, é vedada na via estreita do habeas corpus, conforme entendimento consolidado nos precedentes desta Corte Superior.

5. O Tribunal de origem afastou a valoração negativa da quantidade e natureza das drogas na primeira fase da dosimetria, mas não reduziu a pena-base, o que configura *reformatio in pejus*, uma vez que é obrigatória a redução proporcional da pena quando uma circunstância judicial negativa é afastada em recurso exclusivo da defesa.

6. A minorante do tráfico privilegiado foi corretamente afastada, pois o paciente possui maus antecedentes, o que inviabiliza a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

IV. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA para, afastando a valoração da quantidade/natureza da droga na primeira fase da dosimetria da pena, redimensionar a pena do paciente pelo crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

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. 101/102 (e-STJ):

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de REGINALDO TEODORO DA COSTA em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal 0009630-75.2014.8.26.0136).

O paciente foi condenado às penas de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 680 dias-multa; e 3 anos e 6 meses de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 11 dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, caput, da Lei 11.343/06 e 16, caput, da Lei 10.826/03.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa a fim de redimensionar a pena para 8 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 583 dias-multa, pelo tráfico de drogas; e 10 dias-multa pela posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

A defesa alega: a) necessidade de desclassificação da conduta para o art. 28 da Lei de Drogas, pois "o paciente, em suas declarações, afirmou ser usuário de drogas, bem como justificou que a droga com ele apreendida seria para o seu consumo durante o mês" (e-STJ fl. 6); b) estarem preenchidos os requisitos legais da minorante prevista no

art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois primário, sem antecedentes criminais, não integrante de organização criminosa e sem dedicação habitual ao tráfico de drogas; c) "não se justificam acréscimos específicos na pena- base somente por conta do alto poder de destruição da cocaína e do crack" (e-STJ fl. 6); d) "os antecedentes criminais não são aptos a justificar a verificação negativa da conduta social" (e-STJ fl. 6); e e) possibilidade de fixação da pena-base no mínimo legal. Requer, liminar e definitivamente, deferimento da ordem para desclassificar a conduta para o art. 28 da Lei de Drogas. Subsidiariamente, pretende fixação da pena-base no mínimo legal e aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo, bem como imposição de regime prisional mais brando.

É o relatório.

A defesa alega, em síntese, a tipificação inadequada dos fatos tidos por delituosos, bem como o preenchimento dos requisitos para a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, a possibilidade de fixação da pena-base no mínimo legal e a imposição de regime prisional mais brando.

Requer a concessão da ordem para obter a desclassificação do delito de tráfico de entorpecentes para o de uso ou a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, a possibilidade de fixação da pena-base no mínimo legal e a imposição de regime prisional mais brando.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.

VOTO

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 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.

A concessão de ofício da ordem, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade, o que ora passo a analisar.

O Tribunal de origem assim se manifestou acerca do pleito de desclassificação (e-STJ fls. 16/17):

Advirta-se que somente é possível a desclassificação de fatos dessa ordem para hipótese de consumo individual exclusivo se o agente, de modo crível e verossímil, presta-se a esclarecer exata e precisamente por qual motivo tinha as unidades de droga consigo, qual a sua medida diária de consumo, fonte de renda para arcar com os custos respectivos e outros aspectos dessa ordem.

No presente caso, o apelante afirmou ser usuário de cocaína, negando o uso do crack também apreendido em seu poder.

Ademais, declarou receber cerca de 900 reais por mês, e ter pago 100 reais a cada 5 gramas adquiridas, ou seja, pelo total de 30 gramas, teria pago 600 reais, valor absolutamente incompatível com sua renda mensal.

Outro ponto controverso foi o fato de Reginaldo afirmar fazer uso constante de cocaína, em média 5 gramas por dia, e logo após afirmar ter adquirido 30 gramas para uso durante 30 dias, o que renderia apenas 1 grama por dia.

De resto, ainda optou por negar a posse das pedras de crack, afirmando simplesmente que as pedras apreendidas sequer eram suas, preferindo atribuí-las a terceiros indistintos e levantar hipóteses não somente não comprovadas como, de resto, absolutamente incríveis e estapafúrdias sobre como a droga teria sido atribuída a ele ou estranhamente aparecido dentro de sua própria casa.

Finalmente, a alegação de que a droga apreendida não se prestaria ao uso, porquanto estragada em razão do mal armazenamento, observa-se que o laudo pericial toxicológico nada mencionou a respeito, reputando-se, assim, absolutamente hábil a causar dependência física ou psíquica, nos termos da lei.

Enfim, não prospera a pretendida desclassificação da conduta da apelante para o artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Para tanto, seria necessário ficar inequivocamente demonstrado que todo o material apreendido seria destinado exclusivamente para uso próprio, o que, repise-se, não ocorreu in casu, ao contrário, o próprio réu negou ser usuário de crack.

A controvérsia posta em julgamento é se a conduta pela qual o paciente foi condenado é realmente típica de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006) ou se amolda-se ao crime de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

Antes de adentrar na discussão posta, esclareço que ela não implica revolvimento fático-probatório, pois não se está a discutir aqui se o fato histórico narrado na denúncia e pelo qual o paciente foi condenado existiu ou não.

Vale dizer, a pergunta colocada não é se o paciente estava ou não em posse da droga ou se as substâncias foram ou não encontradas em sua residência (essas, sim, discussões que demandariam nova avaliação das provas produzidas nos autos).

A pergunta colocada é se o fato narrado na denúncia, que incontestavelmente aconteceu, se amolda ao tipo penal do tráfico de drogas ou, na realidade, se amolda ao tipo penal da posse para consumo próprio, o que exige somente o necessário esforço interpretativo da norma penal e o juízo de subsunção dessa norma a tais fatos, já provados.

Essa Corte já entendeu pela possibilidade de analisar a

desclassificação quando o caso exigia somente a "reavaliação de fatos incontroversos", como é a hipótese em questão. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (Lei n. 6.368/1976).

2. Na espécie em julgamento, não constam dos autos elementos mínimos capazes de embasar a condenação por tráfico de drogas, haja vista a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida com o acusado, bem como a ausência de provas concretas sobre a traficância.

3. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória. O caso em análise, diversamente, requer apenas a reavaliação de fatos incontroversos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória. Depende, ademais, da definição, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pelas instâncias de origem para condenar o réu pela prática do crime de tráfico de drogas, vis-à-vis os elementos (subjetivos e objetivos) do tipo penal respectivo.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.415.399/AL, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 19/2/2024).

Passo assim à análise da controvérsia.

Da leitura dos tipos penais em questão, é possível observar que ambos criminalizam as condutas de "ter em depósito e trazer consigo" drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A diferença entre elas está na destinação que o portador da droga pretende conferir a ela. Isso porque o tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 criminaliza tais condutas quando o indivíduo tiver por objetivo o "consumo pessoal". Já o art. 33 da mesma Lei não exige especial destinação.

O §2º do art. 28 ainda apresenta os parâmetros para se definir se a destinação da droga era para consumo próprio ou não, que são: (i) natureza

da droga; (ii) quantidade da substância; (iii) local e as condições em que se desenvolveu a ação; (iv) as circunstâncias sociais e pessoais e (v) conduta e antecedentes.

Nesse sentido, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal houve por bem firmar a seguinte tese: "Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito" (Tema 506).

No presente feito, em relação à tentativa de desclassificação para posse de droga para consumo pessoal, o acórdão destacou que a quantidade das drogas apreendidas - 32,7 gramas de cocaína e 233,9 gramas de crack (e-STJ fl. 12) - são incompatíveis com a destinação para uso pessoal, evidenciando, ao contrário, a prática de tráfico, especialmente diante do contexto dos fatos, haja vista que o réu afirmou ser usuário de cocaína, negando o uso do crack também apreendido em seu poder, bem como por tratar-se de quantidade incompatível com o consumo pessoal.

Assim, para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às pretensões apresentadas pela parte, seria imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório, o que impede a atuação excepcional desta Corte, sobretudo na estreita via do *habeas corpus*. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PATAMAR DE 1/6 DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE FLAGRANTE NÃO CONFIGURADA.

I - Não se conhece de habeas corpus substitutivo de revisão criminal.

II - Na hipótese de ilegalidade flagrante, concede-se a ordem de ofício. Precedentes.

III - No presente caso, a Corte de origem concluiu pela impossibilidade de desclassificação da conduta do paciente para aquela prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006, com fulcro nos depoimentos dos policiais, na quantidade, na forma de acondicionamento dos entorpecentes e na confissão informal do agravante, no sentido da traficância, elementos aptos a ensejar a conclusão pelo dolo da mercancia, tudo em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

IV - O rito do habeas corpus não admite o revolvimento de matéria fático-probatória, de modo que não há que se falar em

desconstituição da conclusão bem exarada pelo Tribunal local.

[...]

Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 910.030/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 18/6/2024, DJe de 21/6/2024.)

No que se refere à dosimetria da pena, colhe-se do acórdão da apelação (e-STJ fls. 18-21):

Inicialmente, verifica-se que, analisados os critérios do artigo 59 do Código Penal e 42 da Lei n° 11.343/06, foi a pena base fixada um sexto acima do mínimo legal para o delito de tráfico, estabelecendo-a o Juízo de Cerqueira César em cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

A magistrada sentenciante justificou tal aumento em razão dos maus antecedentes do réu (fls. 20 e 76 do apenso).

Após, ainda na primeira fase, aumentou a pena em mais 1/6, em razão da expressiva quantidade e natureza da droga apreendida - crack, "a revelar elevado e devastador efeito psicotrópico".

No entanto, e com o devido respeito, não se justifica acréscimos específicos na pena-base somente por conta do alto poder de destruição da cocaína e crack. Queira-se ou não, a cocaína, tanto pura quanto sob a forma de crack, juntamente com a maconha, compõe uma das duas substâncias de maior ocorrência no tráfico de drogas do Brasil e, portanto, ela tristemente molda o cotidiano do ilícito em foco. Difundida em todos os segmentos sociais, inclusive naqueles mais abastados, é irrecusável que foi precisamente em relação à cocaína que se formatou o padrão normativo brasileiro de repressão penal ao tráfico de drogas. Ou seja, somente por versar sobre tráfico de cocaína, pura ou na forma de crack, e não de outra substância, não nos colocamos propriamente diante de uma situação de grande excepcionalidade, pelo menos não à luz da norma legal em referência.

Portanto, mostra-se mais ajustado, nesse contexto estritamente normativo, por esse fundamento afastar o aumento na primeira fase da dosimetria, ressalvado, todavia, o acréscimo bem justificado por conta dos maus antecedentes de Reginaldo.

No tocante ao delito de armas, de igual forma, a pena-base foi aumentada em 1/6 em razão dos referidos maus antecedentes, partindo de três (3) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de onze (11) dias-multa, no piso legal.

Na segunda e terceira fases da dosimetria, a pena imposta ao tráfico fica inalterada, por ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes,

bem como, sucessivamente, causas de diminuição ou de aumento, tornando-se, assim, definitiva.

Já em relação à pena por posse ilegal de armamento de fogo de uso restrito — notadamente a munição de 9 milímetros — impõe-se o reconhecimento da atenuante referente à confissão de autoria, diante da qual a pena respectiva fica reduzida a três (3) anos de reclusão e pagamento de dez (10) dias-multa.

Não há, a respeito, agravantes a serem ponderadas, assim como, por derradeiro, também não incidem, afinal, causas de diminuição ou de aumento.

Não assiste, ao acusado, direito ao redutor legal específico em referência à pena de tráfico de drogas, eis que seus maus antecedentes inviabilizam, concretamente, a aplicação desse instituto legal.

As duas penas privativas de liberdade devem ser somadas em concurso material, eis que os dois ilícitos foram cometidos por condutas diversas (Código Penal, artigo 69, caput).

Já do acórdão que julgou os embargos de declaração, extrai-se o seguinte (e-STJ fls. 92-93):

Os embargos devem ser conhecidos e parcialmente acolhidos.

De fato, o acórdão atacado incorreu em omissão ao não referir-se à quantidade de drogas apreendidas, disposta no artigo 42 da Lei n° 11.343/06 para afastar o aumento da pena-base na primeira fase da dosimetria, o que se faz nesta ocasião, contudo, sem reflexo na pena.

No caso em análise, o referido Acórdão, às 198-199, justificou de modo expresso o entendimento de que a natureza da cocaína e do crack não justificaria tal acréscimo, silenciando, no entanto, quanto à quantidade de drogas apreendidas, que foi um dos fundamentos do aumento da pena-base pelo Juízo a quo, conforme se verifica, in verbis:

Após, ainda na primeira fase, aumentou a pena em mais 1/6, em razão da expressiva quantidade e natureza da droga apreendida - crack, "a revelar elevado e devastador efeito psicotrópico". No entanto, e com o devido respeito, não se justifica acréscimos específicos na pena-base somente por conta do alto poder de destruição da cocaína e crack. Queira-se ou não, a cocaína, tanto pura quanto sob a forma de crack, juntamente com a maconha, compõe uma das duas substâncias de maior ocorrência no tráfico de drogas do Brasil e, portanto, ela tristemente molda o cotidiano do ilícito em foco. Difundida em todos os segmentos sociais, inclusive naqueles' mais abastados, é irrecusável que foi precisamente em relação à cocaína que se formatou o padrão normativo brasileiro de repressão penal ao

tráfico de drogas. Ou seja, somente por versar sobre tráfico de cocaína, pura ou na forma de crack, e não de outra substância, não nos colocamos propriamente diante de uma situação de grande excepcionalidade, pelo menos não à luz da norma legal em referência. Portanto, mostra-se mais ajustado, nesse contexto estritamente normativo, por esse fundamento afastar o aumento na primeira fase da dosimetria, ressalvado, todavia, o acréscimo bem justificado por conta dos maus antecedentes de Reginaldo.

Com o devido respeito, ainda que considerável a quantidade apreendida — 233,9 gramas de crack; e 32,7 gramas de cocaína — não foi assim especialmente admirável, estando ainda dentro dos índices mais cotidianos em nossas ocorrências policiais. Por outro lado, as espécies compõem precisamente o catálogo das três drogas de maior trânsito no cenário criminal brasileiro, para as quais, sabidamente, foi moldado o padrão normativo vigente entre nós desde 2006. Assim, não se acentua, em termos de especial excepcionalidade, nenhuma situação própria anômala que autorize exacerbação do espectro penal que a lei de 2006 já moldou e que, convenhamos, certamente não é pequeno à luz dos padrões de proporcionalidade estabelecidos à vista de outras infrações de nosso repertório normativo. Com isso, e com o devido respeito, tem-se como mais próprio afastar o aumento na primeira fase da dosimetria, ressalvado, todavia, o acréscimo bem justificado por conta dos maus antecedentes de Reginaldo (fls. 199).

Dessa forma, acolhe-se parcialmente os embargos interpostos para o fim de sanar a omissão presente no acórdão atacado, declarando-se que, no caso em análise, não se justifica o aumento da pena-base quanto ao delito do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas, mantendo-se no mais a decisão ali prolatada.

Por sua vez, da sentença colhe-se o seguinte quanto à dosimetria da pena (e-STJ fl. 69):

Para o crime descrito no artigo 33 da Lei 11.343/06: na primeira fase, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis. O réu possui condenação transitada em julgado por roubo (fls. 20 do apenso próprio) que caracteriza os maus antecedentes, assim, alimento a pena-base em 1/6 para fixá-la em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa para o crime de tráfico. Observo, ainda na primeira fase, o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 e dada a quantidade expressiva e considerável de drogas, além de sua natureza nociva — crack —, a revelar elevado e devastador efeito psicotrópico, autoriza-se a fixação da pena acima do mínimo legal, vez que tais circunstâncias excedem o desvalor inerente ao tipo. Majoro a pena em mais um sexto e fixo-a em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 680 dias-multa. Relevo que a jurisprudência vem na linha do entendimento

do juízo, confira-se: "A natureza nociva da substância entorpecente apreendida — cocaína - constitui fundamentação idônea a ensejar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, pela desfavorabilidade das consequências do delito." (HC 141092/MS). Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar, de forma que mantém-se a pena base fixada nesta segunda fase da aplicação da pena. Na terceira fase, ausentes causas de diminuição ou de aumento de pena, razão pela qual torno definitiva apenas anteriormente ficada, qual seja 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 680 dias-multa. Diante da quantidade de drogas apreendida, bem como tendo em vista que o réu ostenta maus antecedentes, incabível o benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Como se vê, o juízo sentenciante exasperou a pena-base em razão os maus antecedentes do paciente (O réu possui condenação transitada em julgado por roubo), aumentando a pena em 1/6, bem como em razão da "quantidade expressiva e considerável de drogas, além de sua natureza nociva — crack", exasperando a pena-base em 1/6.

O Tribunal de origem, por sua vez, embora tenha afastado a valoração da quantidade/ natureza da droga na primeira fase da dosimetria da pena, deixou de reduzir o *quantum* da pena, incorrendo em *reformatio in pejus*.

Ocorre que, é firme o entendimento desta Corte Superior na compreensão de que é imperiosa a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, afastar uma circunstância judicial negativa do art. 59 do CP reconhecida no édito condenatório (EDv nos EREsp n. 1.826.799/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, relator para acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 8/9/2021, DJe de 8/10/2021.). A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE SE,. RECEPÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. DIVERSAS CONDENAÇÕES. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "É imperiosa a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, afastar uma circunstância judicial negativa do art. 59 do CP reconhecida no édito condenatório" (EDv nos EREsp 1.826.799/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Rel. p/acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Terceira Seção, julgado em 8/9/2021, DJe 8/10/2021; sem grifos no original).

2. Hipótese em que o acórdão manteve apenas a circunstância judicial dos maus antecedentes, atribuindo-lhe, contudo, fração superior em relação às demais vitoriais excluídas em decorrência das "diversas condenações - ademais daquela tida como a agravante da reincidência

- por fatos anteriores já transitadas em julgado. Todas por crimes praticados contra o patrimônio".

3. *Presente justificativa idônea para a não aplicação de peso idêntico a cada circunstância judicial, não há falar em violação aos arts. 59 do Código Penal e 617 do Código de Processo Penal, considerando-se que a pena-base resultante ficou pouco superior à fração de 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima previstas ao delito de receptação.*

4. *Assim, "mesmo na hipótese de exame de recurso exclusivo da defesa, não há reformatio in pejus quando é deslocada a fundamentação utilizada para atribuir valoração negativa a uma circunstância judicial para outra, desde que tal proceder não implique exasperação da reprimenda imposta ao réu" (AgRg no REsp n. 1.932.621/SC, relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022).*

5. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no REsp n. 2.112.489/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/2/2024, DJe de 26/2/2024.)

De outro lado, a minorante do tráfico privilegiado foi afastada mediante fundamento idôneo, haja vista que o paciente não preenche os requisitos legais do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que ostenta maus antecedentes.

Passo, agora, ao redimensionamento da pena do crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi fixada em 1/6 acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes, ficando estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, que se torna definitiva pela ausência de outras causas modificativas.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus* para, afastando a valoração da quantidade/natureza da droga na primeira fase da dosimetria da pena, redimensionar a pena do paciente pelo crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

É o voto.