



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 882732 - SP (2024/0001737-2)

RELATOR : MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : WELLINGTON HENRIQUE ALMEIDA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA - SP199591
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INDEFERIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. PENA REDIMENSIONADA. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, consoante pacificado no Tema 1.139, firmado 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.

2. Concluir que o Tribunal de origem não se valeu do melhor direito para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, não implica, no caso, reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, na sentença condenatória e no acórdão da apelação, não foram consignados elementos suficientes para demonstrar que o Réu se dedicava às atividades criminosas ou integrava organização criminosa.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 12 de março de 2024.

MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 882732 - SP (2024/0001737-2)

RELATOR : MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : WELLINGTON HENRIQUE ALMEIDA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA - SP199591
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INDEFERIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. PENA REDIMENSIONADA. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, consoante pacificado no Tema 1.139, firmado 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.

2. Concluir que o Tribunal de origem não se valeu do melhor direito para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, não implica, no caso, reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, na sentença condenatória e no acórdão da apelação, não foram consignados elementos suficientes para demonstrar que o Réu se dedicava às atividades criminosas ou integrava organização criminosa.

3. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão de minha lavra, ementada nos seguintes termos (fl. 112):

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INDEFERIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. PENA REDIMENSIONADA. ORDEM CONCEDIDA."

Colhe-se nos autos que o Paciente, ora Agravado, foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa,

pela prática do delito capitulado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, em virtude da apreensão de 7,46g de *crack*.

A sentença condenatória foi integralmente mantida pelo Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela Defesa.

Nas razões do *writ*, a Impetrante alegou, em síntese, que o Paciente faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas.

O pedido liminar foi deferido pela Presidência desta Corte *"para que o paciente possa aguardar no regime semiaberto o julgamento definitivo do habeas corpus, ressalvada a hipótese de estar cumprindo pena por outro processo em regime diverso, ou de haver contra ele mandado de prisão cautelar"* (fls. 56-58).

Na decisão de fls. 112-117, concedi a ordem de *habeas corpus* para **"aplicar a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas no grau máximo, reduzindo a pena do Paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido, e, por conseguinte, **fixar** o regime inicial aberto e **substituir** a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais, mantidos os demais termos do édito condenatório"**.

Daí o presente regimental, no qual alega a Defesa que a instância de origem indeferiu a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas com base em fundamentação idônea, razão pela qual *"eventual aprofundamento na tese defensiva exigiria dilação probatória incompatível com a via processual eleita"* (fl. 128).

Aduz que *"os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm entendimento pacífico no sentido de que a dosimetria da pena é submetida à discricionariedade judicial, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção de eventuais discrepâncias, se arbitrárias (inocorrentes na espécie), nas frações de aumento ou de diminuição adotadas pelas instâncias anteriores"* (fl. 130).

Ressalta, ainda, que, mantida a sanção imposta na origem, não há falar em abrandamento do regime prisional, tampouco de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Requer, desse modo, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito à apreciação do Órgão Colegiado.

É o relatório.

VOTO

O inconformismo não prospera.

O Juízo sentenciante, referendado pela Corte de origem, indeferiu o benefício da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, valendo-se da fundamentação a seguir transcrita (fl. 36):

"O réu WELLINGTON é primário, mas conta, todavia, com uma condenação pendente por tráfico de drogas (fls. 286), o que entendo suficiente, aliado às circunstâncias do caso o fato de ter sido concedida ao réu liberdade provisória no processo de número 1500557-43.2019.8.26.0196 em março de 2019 e, menos de dois meses depois, em maio do mesmo ano, o acusado ter sido preso em flagrante por este processo, podendo-se inferir, assim, que o réu faz da mercancia espúria seu meio de vida - para afastar a aplicação do benefício do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06."

Ocorre que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de 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 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), ocasião 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." (Grifos diversos do original.)

Desse modo, corretamente reconhecida a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo, em observância às peculiaridades do caso, notadamente a pequena quantidade de droga apreendida.

Ressalto, ademais, que, no caso, a conclusão de que o Tribunal de origem não se valeu do melhor direito para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, não implica reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, na sentença condenatória e no acórdão da apelação, não foram consignados elementos suficientes para demonstrar que o Réu se dedicava às atividades criminosas ou integrava organização criminosa.

Assim, na ausência de argumento apto a infirmar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser mantida a decisão por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2024/0001737-2

AgRg no
HC 882.732 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00153211220228260000 15005574320198260196 153211220228260000

EM MESA

JULGADO: 12/03/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **TEODORO SILVA SANTOS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA - SP199591
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON HENRIQUE ALMEIDA DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU : LINERK GABRIEL
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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : WELLINGTON HENRIQUE ALMEIDA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA - SP199591
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.