



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 887564 - ES (2024/0024757-9)

RELATORA	: MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: GUSTAVO ANDRADE DE BRITO (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DOSIMETRIA DA PENA DO TRÁFICO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE COM BASE EM PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA OU POSTA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO DA DEFESA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado com a finalidade de redimensionar a pena aplicada ao paciente, condenado por tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006) e posse ilegal de arma de fogo (art. 12 da Lei 10.826/2003). A defesa sustenta ilegalidade na dosimetria da pena, com especial enfoque na valoração negativa da personalidade e circunstâncias judiciais.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar a legalidade da valoração negativa da personalidade com base em processos criminais em curso circunstâncias do crime; e (ii) avaliar a proporcionalidade da pena-base fixada em razão das circunstâncias judiciais.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A valoração negativa da personalidade com base em inquéritos policiais e ações penais em curso é vedada pela Súmula 444 do STJ, o que impõe o afastamento desse vetor na dosimetria da pena.

4. A jurisprudência do STJ permite que a natureza e a quantidade de drogas sejam consideradas para a exasperação da pena-base, desde que fundamentada de forma concreta, conforme precedentes desta Corte.

5. Não há fração de aumento específica para cada circunstância judicial negativa, sendo lícito ao julgador definir o quantum de aumento com base na gravidade do delito e nas circunstâncias do caso concreto, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade.

6. A alegação de bis in idem na segunda fase da dosimetria, envolvendo a compensação entre a confissão e a reincidência, não pode ser conhecida, pois não há evidências nos autos de que foi suscitada na instância inferior, configurando supressão de instância.

IV. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE PARA REDIMENSIONAR A PENA DO PACIENTE PARA 8 ANOS DE RECLUSÃO E 693 DIAS-MULTA, MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DA CONDENAÇÃO.

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, 14 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 887564 - ES (2024/0024757-9)

RELATORA	: MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: GUSTAVO ANDRADE DE BRITO (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DOSIMETRIA DA PENA DO TRÁFICO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE COM BASE EM PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA OU POSTA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO DA DEFESA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado com a finalidade de redimensionar a pena aplicada ao paciente, condenado por tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006) e posse ilegal de arma de fogo (art. 12 da Lei 10.826/2003). A defesa sustenta ilegalidade na dosimetria da pena, com especial enfoque na valoração negativa da personalidade e circunstâncias judiciais.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar a legalidade da valoração negativa da personalidade com base em processos criminais em curso circunstâncias do crime; e (ii) avaliar a proporcionalidade da pena-base fixada em razão das circunstâncias judiciais.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A valoração negativa da personalidade com base em inquéritos policiais e ações penais em curso é vedada pela Súmula 444 do STJ, o que impõe o afastamento desse vetor na dosimetria da pena.

4. A jurisprudência do STJ permite que a natureza e a quantidade de drogas sejam consideradas para a exasperação da pena-base, desde que fundamentada de forma concreta, conforme precedentes desta Corte.

5. Não há fração de aumento específica para cada circunstância judicial negativa, sendo lícito ao julgador definir o quantum de aumento com base na gravidade do delito e nas circunstâncias do caso concreto, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade.

6. A alegação de bis in idem na segunda fase da dosimetria, envolvendo a compensação entre a confissão e a reincidência, não pode ser conhecida, pois não há evidências nos autos de que foi suscitada na instância inferior, configurando supressão de instância.

IV. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE PARA REDIMENSIONAR A PENA DO PACIENTE PARA 8 ANOS DE RECLUSÃO E 693 DIAS-MULTA, MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DA CONDENAÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de GUSTAVO ANDRADE DE BRITO.

O paciente foi condenado em primeiro grau como incurso no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, e art. 12, da Lei nº 10.826/03, à pena de 11 anos e 3 meses de reclusão, 2 anos de detenção, e ao pagamento de 768 dias-multa, para cumprimento no regime inicial fechado. Após apelação da defensiva, a pena foi reduzida pelo TJ para, respectivamente, 09 (nove) anos de reclusão, 01 (um) ano de detenção, e, ao pagamento de 768 (setecentos e sessenta e oito) dias-multa.

A impetrante alega, em síntese, a ocorrência de erro na dosimetria da pena.

Requer a concessão da ordem para obter a redução da pena aplicada ao paciente.

É o relatório.

VOTO

O Tribunal de origem assim se manifestou acerca do pleito de afastamento da negatização dos vetores personalidade e circunstâncias (e-STJ fls. 30-32):

Verifico que considerou a existência de seis circunstâncias judiciais desfavoráveis, a saber: a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências.

No que tange aos motivos e as consequências, foram utilizadas

fundamentações vagas e próprias do tipo penal, devendo ser anuladas.

Quanto aos demais vetores negativos, estão devidamente fundamentados com base nos elementos existentes aos autos, valendo destacar o vetor das circunstâncias, ocasião em que foram apontadas a quantidade expressiva da substância entorpecente apreendida, bem como sua natureza.

Adiante, em relação ao crime previsto no art. 12, da Lei 10.826/03, constato que, embora devidamente fundamentadas as circunstâncias judiciais negativas dos antecedentes e da personalidade, a magistrada aplicou a pena máxima de 03 (três) anos de detenção, de forma que a exasperação da pena-base se afigura desproporcional à quantidade de vetor valorado de forma negativa.

Desta forma, o quantum das penas-base devem ser alterados, mas não para o mínimo legal, considerando a existência de circunstâncias judiciais negativas.

Diante de todo o exposto, CONHEÇO DO RECURSO INTERPOSTO E DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para reduzir as penas-base do recorrente. Destarte, em obediência ao princípio constitucional da individualização da pena, prescrito no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988, passo à dosimetria da pena, utilizando como regra o disposto nos artigos 59 e 68, do Código Penal, e art. 42, da Lei nº 11.343/06.

- Crime do artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 Mantendo as circunstâncias judiciais negativas da culpabilidade, antecedentes, personalidade, e, circunstâncias do crime, e assim, fixo a pena-base em 09(nove) anos de reclusão e 758 (setecentos e cinquenta e oito) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato delituoso.

Mantenho a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, tornando a pena definitiva em 09 (nove) anos de reclusão e 758 (setecentos e cinquenta e oito) dias-multa, vez que inexistem causas de aumento e/ou diminuição.

- Crime do artigo 12 da Lei nº 10.826/03 Mantendo as circunstâncias judiciais negativas dos antecedentes e da personalidade, e assim, fixo a pena-base em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção e 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato delituoso.

Presente a circunstância atenuante da confissão, por isso reduzo a reprimenda para o mínimo legal, tornando a pena definitiva em 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, vez que inexistem causas de aumento e/ou diminuição.

Em razão do concurso material (art. 69, do CP), somo as reprimendas, fixando-as definitivamente em 09 (nove) anos de reclusão, 01(um) ano de detenção, e, ao pagamento de 768 (setecentos e sessenta e oito) dias-multa.

Fixo o regime inicial fechado, para o cumprimento da pena de reclusão, nos termos do art. 33, §2º, “a”, do Código Penal, e, o regime aberto para o cumprimento da pena de detenção, na forma do art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal. (fls. 28/33)

Da análise realizada pelo Tribunal de origem observa-se, de fato, flagrante ilegalidade no caso da dosimetria em relação ao tráfico de entorpecentes.

Embora haja fundamentação idônea para a elevação da pena basilar pela quantidade e variedade de drogas, pelos maus antecedentes, bem como pela desvalorização da culpabilidade, pois já se decidiu que "a pena-base foi fixada acima do patamar mínimo legal, considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, com base em elementos concretos do delito, ou seja, a natureza e variedade dos entorpecentes apreendidos, além do fato do tráfico ser cometido pelo agente na presença de uma criança." (AgRg no REsp n. 1.767.994/PA, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 7/2/2019, DJe de 14/2/2019.), o mesmo não se pode dizer da personalidade.

Com efeito, a jurisprudência da 5ª Turma do STJ é firme em apontar que Nos termos da Súmula 444 do STJ 'É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base.' Nesse passo, a existência de processos em curso não permite a valoração negativa da personalidade do agente" (AgRg no HC n. 462.299/PE, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/4/2021, DJe 26/4/2021).

No mais, "Não há direito subjetivo do réu ou obrigatoriedade do julgador na adoção de alguma fração de aumento específica para cada circunstância judicial negativa, seja ela de 1/6 sobre a pena-base, 1/8 do intervalo entre as penas mínimas e máximas, ou mesmo outro valor." (AgRg no REsp n. 2.109.003/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024.)

Por fim, não há como se apreciar a alegação a respeito da ocorrência de *bis in idem* na segunda fase da dosimetria, tanto porque a matéria não foi apreciada na segunda instância, como também porque não há evidências nos autos de que a tese foi posta nas razões de apelação defensiva, situação esta que impede o conhecimento da alegação perante esta Corte superior, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

Em situação que guarda semelhança com a dos autos, veja-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. SUPOSTA ILEGALIDADE DO FLAGRANTE E NULIDADE DA PROVA DELE DECORRENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. REPERCUSSÃO GERAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Esta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a

impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - As alegações de ilegalidade do flagrante e de nulidade da prova obtida, por suposta ofensa à inviolabilidade de domicílio, não foram suscitadas nas razões de apelação do paciente (fls. 476-485) e nem apreciadas pelo eg. Tribunal de origem quando do julgamento da apelação, ficando impedida esta Corte de proceder a análise das matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

III - Em relação ao pedido absolutório, por insuficiência probatória, tem-se que o pleito não comportamento conhecimento, pois as instâncias ordinárias, com base na prova dos autos, entenderam estar presentes a materialidade e a autoria delitiva. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível que a estreita via do mandamus.

IV - O col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

V - No caso dos autos, o v. acórdão impugnado diverge do atual entendimento jurisprudencial do eg. STF, no sentido de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas somente podem ser utilizadas "na primeira ou na terceira fase dosimetria da pena, sempre de forma não cumulativa, sob pena de caracterizar o bis in idem" (RHC n. 117.990/ES, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 5/6/2014, v.g.).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena do paciente, limitando-se a utilizar a circunstância relativa à natureza e à quantidade da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena.

(HC n. 368.981/RS, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 4/4/2017, DJe de 18/4/2017.)

Passa-se ao redimensionamento da pena (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006).

Mantendo-se o aumento proposto pelo Colegiado local para cada circunstância judicial reconhecida em 1 ano (e-STJ fl. 32), e afastado aqui o elemento personalidade, a pena-base do paciente deve ser reduzida para 8 anos de reclusão, mais 693 dias multa, reprimenda que se torna definitiva ante a ausência de modificações nas fases dosimétricas seguintes.

Ante o exposto, concedo parcialmente o *habeas corpus*, para

redimensionar a pena do paciente, em relação ao crime de tráfico de drogas, para 8 anos de reclusão, mais 693 dias multa, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2024/0024757-9

HC 887.564 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010647920228080065 10647920228080065

EM MESA

JULGADO: 12/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : GUSTAVO ANDRADE DE BRITO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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.