

HABEAS CORPUS Nº 664.284 - ES (2021/0135245-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : CARLOS BRUNO BATISTA DE SOUZA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO ENTRE AS TURMAS. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2021 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0135245-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 664.284 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00043741820188080006 43741820188080006

EM MESA

JULGADO: 14/09/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO**

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 : CARLOS BRUNO BATISTA DE SOUZA (PRESO)
CORRÉU : RAFAEL RODRIGUES
CORRÉU : VALDES SANDRO MARTINS BANDEIRA
CORRÉU : WAGNER DA SILVA LAURIA
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:

"Julgamento adiado por indicação do Sr. Ministro Relator"

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 664.284 - ES (2021/0135245-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : CARLOS BRUNO BATISTA DE SOUZA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **CARLOS BRUNO BATISTA DE SOUZA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *habeas corpus*, alega a impetrante estarem "presentes os elementos do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, sendo de rigor a aplicação da redução, especialmente quando inexistente fundamentação válida para sua negativa." (e-STJ, fls. 5-6)

Sustenta que "a sentença considerou o fato de o impetrante estar respondendo a outra ação penal como justificativa para negar a aplicação da causa de diminuição em questão, e ao negar provimento ao recurso defensivo, o acórdão também contrariou entendimento jurisprudencial de que 'a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena'" (e-STJ, fl. 7).

Requer, assim, o reconhecimento do redutor do tráfico privilegiado.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela concessão da ordem (e-STJ, fls. 35-39).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 664.284 - ES (2021/0135245-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : CARLOS BRUNO BATISTA DE SOUZA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO ENTRE AS TURMAS. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma,

Superior Tribunal de Justiça

Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

O juiz sentenciante negou o tráfico privilegiado em decisão assim motivada:

[...] Na primeira fase do cálculo da pena, verifico que todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, bem como as do artigo 42 da Lei 11.343/06, são favoráveis ao acusado, razão pela qual fixo-lhe a pena-base em seu mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase do cálculo da pena, não existem agravantes ou atenuantes a valorar, razão pela qual mantenho a pena intermediária no mesmo patamar da pena-base.

Na terceira fase do cálculo da pena, também não existem causas de aumento ou de redução de pena a valorar. Friso, outrossim, que NÃO reconheço a causa redutora de pena do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 (tráfico privilegiado), tendo em vista que, além da presente ação penal, após consulta ao E-Jud, constatei que o acusado responde a outro processo por crime de roubo, o que demonstra que tal fato não foi isolado em sua vida.

Desta forma, fixo-lhe, em definitivo, a pena de 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa. (e-STJ, fl. 11)

No acórdão impugnado, consta:

Inicialmente, ressalto que para aplicação do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, é necessário que reste comprovado que o acusado seja primário, tenha bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa. Diante disso, medida de rigor afastar-se, desde já, a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, pois como bem fundamentado pelo Juízo a quo, CARLOS responde criminalmente pelo delito de roubo, VALDES é reincidente e WAGNER era o responsável pelo fornecimento das drogas ao grupo criminoso, sendo certo que sua atuação não fora eventual. Nesse sentido a solidificada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo exemplificador recente julgado sobre o tema:[...] Sendo assim, impossibilitada fica a aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos aos recorrentes." (e-STJ, fls. 18-19)

De acordo com o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores têm decidido que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o

Superior Tribunal de Justiça

narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

No caso, observa-se que as instâncias ordinárias negaram ao paciente o tráfico privilegiado por entenderem que o fato de responder a outro processo criminal pelo delito de roubo denotaria sua habitualidade delitiva.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou reiteradas vezes que inquéritos e processos em curso não devem ser aferidos em desfavor do agente na dosimetria da pena, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade. Apoiado nesse entendimento, vem decidindo ser inadmissível a utilização de ação penal em curso para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

A seguir os julgados que respaldam esse entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054-RG/SC. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente.

II – A aplicação da causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

III- Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 1283996 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 02-12-2020 PUBLIC 03-12-2020).

HABEAS CORPUS – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SUBSTITUTIVO. O fato de, em tese, ser cabível, contra o ato impugnado, recurso extraordinário não inviabiliza o habeas corpus.

PENA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO – ATIVIDADE CRIMINOSA – DEDICAÇÃO – PROCESSO EM CURSO. Revela-se inviável concluir pela dedicação do acusado a atividade criminosa, afastando-se a incidência da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, considerado processo-crime em tramitação.

(HC 199309, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 24/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 16-06-2021 PUBLIC 17-06-2021)

A Sexta Turma inclusive há algum tempo acolheu o decidido pelo Supremo. A propósito: AgRg no AgRg no HC 654.773/MT, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/8/2021, DJe 16/8/2021; AgRg no HC 673.030/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/8/2021, DJe 16/8/2021.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse contexto, proponho aos demais Ministros a uniformização do posicionamento de ambas as Turmas sobre o tema e, conseqüentemente, a concessão da ordem ao réu para que seja beneficiado com o tráfico privilegiado.

Passo ao redimensionamento da pena.

A pena-base parte de 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa, por inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, a qual fica mantida na segunda fase, nos termos da Súmula 231 do STJ. Na última etapa, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diminuo-a em 2/3, resultando definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa.

O regime prisional também deve ser alterado.

Estabelecida a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o suficiente e adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal (HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade da agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal (HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0135245-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 664.284 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00043741820188080006 43741820188080006

EM MESA

JULGADO: 21/09/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MÔNICA NICIDA GARCIA**

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 : CARLOS BRUNO BATISTA DE SOUZA (PRESO)
CORRÉU : RAFAEL RODRIGUES
CORRÉU : VALDES SANDRO MARTINS BANDEIRA
CORRÉU : WAGNER DA SILVA LAURIA
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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.