



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 720694 - BA (2022/0024934-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : MAURICIO COQUEIRO CERQUEIRA (PRESO)
ADVOGADO : JOAO RAFAEL AMORIM SOUZA PEREIRA - BA047710
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES DO STF. PROCEDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO.

Agravo regimental provido para, reconsiderada a decisão agravada, conceder a ordem.

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto por **Maurício Coqueiro Cerqueira** contra a decisão da minha lavra, em que, monocraticamente, não conheci do *writ* impetrado em seu favor, assim ementada (fl. 482):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CONHECIMENTO.

Habeas corpus não conhecido.

Alega o agravante, em síntese, que, apesar de o *writ* ser sucedâneo de revisão criminal, o caso é de flagrante ilegalidade a ser concedida de ofício, uma vez que a existência de ações penais em andamento não constitui fundamento idôneo que justifique o afastamento do redutor do tráfico privilegiado.

Por fim, traz pedido nos seguintes termos (fls. 492/493):

[...]

Pelo exposto, pugna pelo provimento do presente agravo regimental, em juízo de reconsideração ou por deliberação colegiada, na forma do art. 258, §3º, do RISTJ, pois a r. decisão monocrática guerreada não pode sobreviver, a fim de que seja conhecido o *writ*, analisado o pleito liminar e posterior julgamento colegiado, requerendo, de arremate, a concessão liminar da ordem para que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006,

redimensionando a pena no patamar máximo de 2/3, alterando o regime inicial para o aberto e substituindo a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, considerando, por fim, os dias detraídos.

[...]

É o relatório.

O presente agravo regimental deve ser conhecido, já que reúne os requisitos de admissibilidade.

De fato, embora não se conheça de *habeas corpus* impetrado em substituição a revisão criminal, no presente caso está configurada flagrante ilegalidade.

Primeiramente, conforme expus anteriormente, o *habeas corpus* se mostra inadmissível porque utilizado como sucedâneo de revisão criminal, sendo certo que compete ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de revisão criminal de seus próprios julgados, o que não é o caso dos autos.

Nesse sentido: AgRg no HC n. 481.415/SP, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 4/2/2019; e HC n. 467.004/RS, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 22/11/2018.

No caso, a Apelação n. 0001412- 54.2020.8.05.0032 transitou em julgado, em 12/11/2021, para a defesa, conforme informação colhida no portal oficial do Tribunal de Justiça da Bahia, razão pela qual mantenho o não conhecimento do *writ*.

No entanto, ao contrário do que entendi inicialmente, é flagrante a ilegalidade no fundamento utilizado para negar a causa de diminuição da pena.

Sobre o tema, o Tribunal local teceu os seguintes fundamentos (fl. 39):

[...]

No que tange à aplicação da pena, importa assinalar a ausência de questionamento em relação à primeira e segunda fases da dosimetria, que, com efeito, não suscitam qualquer reparo, diante da fixação da reprimenda básica no mínimo legal e do não reconhecimento de circunstâncias agravantes e atenuantes. Em verdade, bate-se a Defesa pela aplicação da minorante contida no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, sob o fundamento da inexistência de condenação definitiva em desfavor do Réu.

Contudo, trata-se de linha argumentativa que não merece guarida, eis que, conquanto feitos em curso não autorizem a exasperação da reprimenda a título de reincidência ou maus antecedentes, prestam-se, sem embargo, a subsidiar a aferição do envolvimento pretérito do infrator com práticas delituosas e, em particular, com a mercancia proscrita. Sob tal ordem de ideias, verifica-se ter sido devidamente justificada a negativa do Juiz Sentenciante à aplicação da supracitada redutora, externada nos seguintes termos:

“Há depoimentos e documentos (fls. 39 e 105) no sentido de que há tempos o acusado está envolvido na prática de crimes, dentre eles tráfico de drogas...

Maurício Coqueiro já foi condenado, em primeira instância, por roubo majorado cometido mediante violência; responde por posse irregular de arma de fogo, e o que consta da fl. 105 revela grande probabilidade de ele estar envolvido em outros crimes.” (Id. 11167628, pág. 10)

Desse modo, pesa em desfavor do Acusado sua anterior condenação pelo cometimento do crime de roubo majorado, registro que, embora ainda não alcançado pela coisa julgada, bem evidencia o vínculo não eventual do agente com atividades ilícitas, conclusão reforçada, na espécie, pelo indicativo de estar ele, há tempo, envolvido com a mercancia proscrita.

Em face de tais considerações, entende-se inviável a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, porquanto expressamente reservada ao Acusado que "seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa", pressupostos que, contudo, não se revelam integralmente preenchidos no presente caso concreto.

[...]

Ocorre que a atual orientação de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido da impossibilidade de utilização de inquéritos e ações penais sem trânsito em julgado para justificar o afastamento do redutor, devendo tal posicionamento ser adotado, por razões de segurança jurídica, também, no âmbito deste Superior Tribunal. Confirmam-se o HC n. 173.806/MG, Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 18/2/2020; e o ARE n. 1.231.853 AgR, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 3/3/2020.

No mesmo sentido, precedente da Sexta Turma desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ADMISSÃO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. CONHECIMENTO. MÉRITO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECONHECIMENTO. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA AFASTAR A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE DROGAS. REFORÇO ARGUMENTATIVO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não se vislumbra óbice à admissão do agravo em recurso especial quando suficientemente impugnados pela parte todos os fundamentos da decisão agravada. Inteligência do art. 932, III, do CPC e da Súmula n. 182/STJ.

2. Conforme jurisprudência desta Corte, a quantidade não relevante, no caso, 43,63g (quarenta e três gramas e sessenta e três centigramas) de cocaína e 6,5g (seis gramas e cinco decigramas) de maconha, e a ausência de circunstâncias adicionais desfavoráveis não ensejam a exasperação da pena-base, a vedação da minorante do tráfico na sua fração máxima de 2/3, o recrudescimento do regime prisional ou a negativa à substituição das penas. Precedentes.

3. A mais recente orientação de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal é a de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de pena relativo ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente pronunciamento, apresentou entendimento alinhado à Suprema Corte nos autos do AgRg no AREsp n. 1.801.313/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 9/3/2021, DJe 19/3/2021, considerando-se inválido, no caso concreto, o fundamento

utilizado pelo Tribunal de origem para afastar o benefício, calcado no fato de que o réu havia sido preso recentemente também por tráfico de drogas.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 1.839.145/SP, Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 8/6/2021, DJe 17/6/2021 - grifo nosso)

Nesse contexto, entendo ser cabível a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no seu patamar máximo, considerando que a censurabilidade da conduta não ultrapassa aquela ínsita ao tipo penal, dada a primariedade técnica do réu e a quantidade de droga que não foge à normalidade (10,48 g de maconha, 2,87 g de cocaína e 0,82 g de crack).

A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO A CRITÉRIOS PURAMENTE MATEMÁTICOS. AUMENTO PROPORCIONAL, CONSIDERADAS AS PENAS MÍNIMAS E MÁXIMAS COMINADAS PELO LEGISLADOR AO DELITO E A EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. MINORANTE AFASTADA UNICAMENTE PORQUE O RÉU RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIS PELO CRIME DE TRÁFICO. FUNDAMENTO INIDÔNEO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS QUE SE IMPÕE, COM RESSALVA DO MEU POSICIONAMENTO PESSOAL. FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO, NO CASO, O SEMIABERTO, DIANTE DA VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

4. O único fundamento utilizado pela Corte a quo para afastar a incidência da minorante do tráfico privilegiado foi a existência de ações penais em curso em desfavor do Paciente. Com efeito, o acórdão impugnado foi expresso ao dizer que as circunstâncias do crime e a grande quantidade de droga apreendida não são fundamentos aptos para impedir a diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

5. A Suprema Corte, em recentes precedentes, consignou 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, Relator Marco Aurélio, Pleno, DJe 26/02/2015).

6. Desse modo, com a ressalva do meu entendimento pessoal, impõe-se a reforma da dosimetria da pena, com a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, sob pena de bis in idem, já que a quantidade de droga foi utilizada para fixar a reprimenda inicial acima do mínimo (ARE 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe 06/05/2014).

[...]

9. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para fixar a pena do Paciente em 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto, e pagamento de 316 (trezentos e dezesseis) dias-multa, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido pela sentença.

(HC n. 559.880/RS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 2/3/2021).

Assim, partindo-se do *quantum* de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, reduzo a reprimenda em 2/3 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), fixando-a, definitivamente, em **1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa.**

Tratando-se de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, deve ser fixado o **regime aberto** para o seu cumprimento.

Pelos mesmos motivos, **determino a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, que deverão ser estabelecidas pelo Juízo de primeiro grau.**

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo regimental para, **reconsiderando** a decisão agravada, **conceder** a ordem a fim de fixar a pena do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além do pagamento de 166 dias-multa, substituída a privativa de liberdade por restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo Juízo de primeiro grau.

Comunique-se.

Publique-se.

Brasília, 11 de fevereiro de 2022.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator