



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 726726 - SP (2022/0057505-8)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
AGRAVANTE : JAKSON ANDRE RAMOS (PRESO)
ADVOGADOS : CAROLINA MARTINS PEREIRA PONTES E OUTRO - MG079883
WILIBRANDO BRUNO ALBUQUERQUE DE ARAUJO - DF066470
AGRAVANTE : _____ (PRESO)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

___ interpõe agravo regimental contra a decisão de fls. 37-38, que não conheceu do *habeas corpus* impetrado em seu favor, em que fora apontado como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 1501553-72.2018.8.26.0294), julgando prejudicado o pedido de liminar.

Em primeiro grau, o agravante foi condenado às penas de 7 anos e 6 meses de reclusão no regime fechado e de 750 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso de apelação da defesa.

A pena-base foi exasperada para 6 anos de reclusão, com fundamento na quantidade de entorpecente apreendida (157kg de maconha), mantida na segunda fase da dosimetria. Foi afastado o tráfico privilegiado e reconhecida a causa de aumento de pena do art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/4.

A decisão agravada não conheceu do *writ* visto que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorrera em data anterior à da impetração.

Nas razões deste recurso, a agravante afirma configurada hipótese de flagrante ilegalidade, pois faz jus à exasperação da pena-base no patamar de 1/8, ao reconhecimento do tráfico privilegiado, à fixação de regime menos gravoso e ao reconhecimento da detração penal. Afirma que, ainda que transitada em julgado a sentença penal condenatória, seria cabível a concessão da ordem de ofício.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do recurso para que a pena-base seja exasperada na fração de 1/8, para que seja aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, para que seja fixado o regime inicial semiaberto e para que seja reconhecida a detração penal.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do agravo regimental (fls. 67-68).

É o relatório. Decido.

No caso, a condenação sofrida pelo paciente é definitiva, pois, em consulta ao *site* do Tribunal de origem, verifica-se que foi **certificado o trânsito em julgado da sentença condenatória em 12/7/2021; o presente writ, porém, foi impetrado somente em 3/3/2022.**

Observa-se ainda que não há, no STJ, julgamento de mérito passível de revisão criminal em relação a essa condenação.

Assim, ocorrendo o trânsito em julgado de decisão condenatória nas instâncias de origem, não é dado à parte optar pela impetração de *writ* nesta instância superior, uma vez que a competência do STJ prevista no art. 105, I, *e*, da Constituição Federal restringe-se ao processamento e julgamento de revisões criminais de seus próprios julgados.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes: HC n. 602.425/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe de 6/4/2021; AgRg no HC n. 628.964/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 8/2/2021; AgRg no HC n. 521.849/SC, Sexta Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 19/8/2020; e AgRg no HC n. 632.467/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 18/12/2020.

No mesmo sentido, a orientação do STF: AgRg no HC n. 134.691/RJ, relator Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 1º/8/2018; AgRg no HC n. 149.653/SP, relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 6/2/2018; AgRg no HC n. 144.323/SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 30/8/2017; e HC n. 199.284/SP, relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 16/8/2021.

Todavia, no que se refere ao reconhecimento do tráfico privilegiado, o pleito formulado no presente *writ* é dotado de plausibilidade jurídica, circunstância que autoriza a atuação *ex officio*, motivo pelo qual conheço do agravo regimental para, em juízo de retratação, modificar a decisão de fls. 37-38 e reapreciar as razões apresentadas no presente *writ*.

O Tribunal de origem manteve a sentença, que exasperou a pena-base para 6 anos de reclusão, diante da quantidade de entorpecente apreendida (157kg de maconha). Para tanto, o colegiado adotou a seguinte fundamentação (fl. 30, destaquei):

A pena-base dos réus foi exasperada em 1/5, justificada na grande quantidade de drogas apreendidas, o que se mostrou compatível ao que se vem aplicando a casos análogos e de acordo com o princípio da individualização da pena, do art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas.

Desta forma, fica mantida a pena-base de 06 anos de reclusão e pagamento de 600 diasmulta para cada réus.

A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

Conforme a orientação jurisprudencial do STJ, o cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão por esta Corte somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena (AgRg no AREsp n. 1.843.362/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 14/5/2021; HC n. 405.765/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 11/10/2017; e AgRg no HC n. 524.277/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 18/5/2020).

Na primeira fase da dosimetria da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, a diversidade e a natureza da droga apreendida, bem como a personalidade e a conduta social do agente, são preponderantes sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e

podem justificar a exasperação da pena-base.

Assim, com base no princípio do livre convencimento motivado, por força do quadro fático-probatório que envolve o tráfico de drogas e da aplicação do princípio da especialidade, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação e escolher a fração que considerar razoável para aplicar ao caso concreto.

Por esse motivo, a revisão da dosimetria da pena pelo Superior Tribunal de Justiça só é admitida em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou de abuso de poder **que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória** (AgRg no REsp n. 1.492.977/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 24/3/2021; e AgRg no HC n. 644.934/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 15/3/2021).

Ressalte-se que, na ausência de previsão legal, o STJ sedimentou a orientação de que a exasperação da pena-base na fração de 1/6 para cada circunstância judicial valorada negativamente atende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (HC n. 458.799/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 10/12/2018).

Todavia, com base no princípio do livre convencimento motivado, ainda que valorado um único vetor, considerada sua preponderância, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação da pena-base em fração superior se considerar expressiva a quantidade da droga, sua diversidade e/ou natureza (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Desse modo, observa-se que a Corte de origem, ao valorar as circunstâncias judiciais, fundamentou a exasperação da pena-base para 6 anos de reclusão, utilizando como parâmetro a fração aplicável à quantidade da droga apreendida (157kg de maconha), não se verificando na espécie o constrangimento ilegal suscitado.

Contudo, na análise da pena imposta ao agravante, não houve adequada motivação para o afastamento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, também conhecida como tráfico privilegiado, **instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita**. Sua utilização permite o abrandamento de uma padronização severa (provocada pela exasperação da pena-base fundada no art. 42 da Lei n. 11.343/2006), favorecendo o traficante eventual, sem grande envolvimento com o mundo criminoso.

Destaque-se que, no RE n. 666.334/AM, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral, consolidou-se a Tese n. 712, no sentido de que os vetores "**natureza e quantidade de entorpecentes**" **não podem ser utilizados em duas fases da dosimetria da pena**.

Ademais, a Terceira Seção, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de minha relatoria, foi provocada a estancar as inúmeras divergências existentes entre as Turmas criminais do STJ quanto à possibilidade de utilização dos indicados vetores em diferentes fases da dosimetria. Partindo-se das premissas fixadas pelo STF na Tese n. 712, definiu-se a interpretação a ser conferida ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006, estipulando-se a obrigatoriedade de observância daqueles vetores na primeira fase da dosimetria.

Esse precedente firmou premissas a serem necessariamente observadas pelos julgadores na dosimetria da pena de condenações por tráfico de entorpecentes, **especificamente com relação à natureza e quantidade das drogas apreendidas**:

a) **devem ser valoradas na primeira etapa da dosimetria da pena, pela necessidade de observância dos vetores indicados no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 como preponderantes;**

b) **não podem ser utilizadas concomitantemente na primeira e na terceira fases da**

dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena; e

c) supletivamente, podem ser utilizadas na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, **apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.**

Também ficou definido que quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não valoradas na primeira etapa, para fixação da pena-base, podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Aplicando as indicadas balizas ao caso concreto e verificando que não houve demonstração de descumprimento dos requisitos legalmente fixados para a concessão do benefício, tem-se como caracterizado o tráfico privilegiado, que exige a aplicação da indicada causa de diminuição de pena.

O Tribunal de origem, ao afastar o tráfico privilegiado, fundou-se na quantidade de droga apreendida (157kg de maconha) – vetor que já havia sido considerado para elevação da pena-base, configurando *bis in idem*, intolerável na ordem constitucional –, o que levou à presunção de dedicação a atividades criminosas. Confira-se trecho do julgado (fl. 31, destaquei):

Os réus não fazem jus à causa de diminuição prevista no art. 33, parágrafo 4o, da Lei de Drogas, em razão da grande quantidade de drogas envolvida na conduta, da organização envolvida para o transporte e da divisão de tarefas, a evidenciar que se dedicam a prática de atividades criminosas, o que impede a concessão de tal benefício.

Quanto à modulação da fração de redução a ser aplicada, entendo ser tarefa que exige a análise de todo o contexto fático que envolve a conduta delituosa, com a eventual consideração de elementos que não podem ser originariamente valorados por esta Corte, considerando-se que quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não valoradas na primeira etapa, para fixação da pena-base, podem ser utilizadas para escolha da fração da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

O período de prisão cautelar deve ser considerado para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, consoante o disposto no art. 387, § 2º, do CPP.

Todavia, uma vez não adotada tal providência, remanesce a competência concorrente do Juízo da execução para a detração penal, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, o qual, ademais, dispõe de mais elementos para avaliar a possibilidade de aplicação da referida benesse (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.789.102/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 30/4/2020; EDcl no AgRg no REsp n. 1.653.604/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 25/10/2019).

Ante o exposto, **com fundamento no art. 258, § 3º, do RISTJ, conheço do agravo regimental para, em juízo de retratação, não conhecer do *habeas corpus* e conceder a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reconhecer o direito do agravante à consideração, na dosimetria da pena, da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que deverá ser adequadamente modulada pelo julgador em fração a ser motivadamente fixada.**

Determino ao Juízo de primeiro grau que re faça a dosimetria da pena de acordo com as premissas indicadas, analisando também, com a devida motivação, a possibilidade de conversão da pena em restritiva de direitos e o regime inicial adequado à nova pena fixada.

Comunique-se **com urgência** ao Juízo de primeira instância e ao Tribunal de origem para

que adotem as providências necessárias.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 22 de abril de 2022.

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator