



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 935990 - MG (2024/0297302-0)

**RELATOR : MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)**

AGRAVANTE :

ADVOGADOS : GUSTAVO DE OLIVEIRA COSTA SOUZA - MG181607
SAMUEL AUGUSTO CAMPOS OLIVEIRA - MG186206

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DE REDUTOR DE PENA. AGRAVO NÃO PROVIDO. CONCEDIDO *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

I. Caso em exame

1. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu de *habeas corpus*, em razão de interposição simultânea de recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal e recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, ambos contra o mesmo ato.

2. O agravante foi condenado por tráfico de drogas, com pena de 5 anos de reclusão em regime inicial semiaberto. A Defesa alegou nulidade por falta de fundamentação na decisão de quebra de sigilo telefônico e interceptação telefônica, além da necessidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

II. Questão em discussão

3. A questão em discussão envolve a análise da fundamentação da decisão que determinou a quebra de sigilo telefônico e a interceptação telefônica, e a aplicação do redutor de pena em face de registros de inquéritos e ações penais em curso.

III. Razões de decidir

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite a tramitação concomitante de recursos e *habeas corpus* contra o mesmo ato, em respeito ao princípio da unirrecorribilidade.

5. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não pode ser obstada por inquéritos e ações penais em curso, conforme entendimento pacificado no STJ e STF.

6. A quantidade de droga apreendida (75,98g de maconha) não justifica, por si só, o afastamento do redutor especial, devendo ser aplicada a minorante no patamar máximo, em observância às peculiaridades do caso.

IV. Dispositivo e tese

7. Agravo regimental não provido. *Habeas corpus* concedido de ofício para aplicar o redutor de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na sua fração máxima de 2/3, e reduzir a sanção definitiva.

Tese de julgamento: "1. 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. 2. A quantidade de droga apreendida não permite, por si só, afastar a aplicação do redutor especial."

Dispositivos relevantes citados: Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º; CF /1988, art. 5º, LVII; CPP, art. 654, § 2º.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no HC 823.337/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, j. 14/08/2023; STJ, AgRg no HC 864.456/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 09/12/2023; STF, RE 591.054, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 26/02/2015.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por contra a decisão de minha lavra na qual não conheci do *habeas corpus* (fls. 725/729).

Consta dos autos que o agravante foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343 /2006, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

No *writ*, a Defesa sustentou a nulidade por falta de fundamentação da decisão que determinou a quebra de sigilo telefônico e a interceptação telefônica,

bem como a necessidade de incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

O *habeas corpus* não foi conhecido devido à interposição simultânea, em sede de agravo em recurso extraordinário, no Supremo Tribunal Federal e, ainda, porque as teses defensivas vergastadas no remédio heroico já aportaram nesta Corte Superior de Justiça em sede de recurso especial, notadamente, como se verifica dos autos do EAREsp n. 2.163.587/MG (fls. 725/729).

Nas razões do agravo regimental, a Defesa assevera que não há usurpação de competência, pois,

tratando-se de habeas corpus para combater ilegalidades e desobediência à orientação jurisprudencial verificada em decisão colegiada de segunda instância, cujos fundamentos jurídicos diferem do objeto dos recursos julgados perante o STF – mesmo porque estes foram interpostos antes do julgamento do Tema Repetitivo nº 1.139 – é de se conhecer a competência deste STJ para julgar o presente writ (fl. 741).

Sustenta que

a matéria é cognoscível em sede de habeas corpus, por ser exclusivamente de direito, consistente na análise de fundamentação deficitária em decisão autorizativa de interceptações telefônicas e negativa de aplicação do tráfico privilegiado utilizando boletins de ocorrência lavrados contra o ora Agravante, em descompasso com a tese firmada no Tema Repetitivo nº 1.139 (fl. 743).

Alega que

a presente impetração deve ser conhecida, porque, ao contrário do que consignado na r. decisão agravada, a possibilidade de concessão da ordem de ofício, na esteira do art. 647-A do CPP, foi disciplinada por lei posterior à análise recursal feita por esta SEXTA TURMA e não foi exaurida pela TERCEIRA SEÇÃO no julgamento do AgRg nos EAR Esp 2.163.587 (fl. 744).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do agravo ao órgão Colegiado.

Contrarrazões (fls. 756/758).

É o relatório.

VOTO

Analizando os requisitos de admissibilidade do agravo regimental, verifico que a irresignação não prospera.

Conforme exposto na decisão atacada, consoante indicado nas informações prestadas e pelo próprio impetrante, o caso se encontrava tramitando, em sede de agravo em recurso extraordinário, no Supremo Tribunal Federal.

Pesquisa ao sítio eletrônico do e. STF indica que houve o trânsito em julgado em 30/10/2024, ou seja, o *habeas corpus* foi impetrado quando a instância competente para a análise do caso era superior ao STJ. Nessas circunstâncias, impossível o ingresso em sua análise por esta Corte Superior, sob risco de inadmissível usurpação de competência.

Por outro lado, as teses defensivas vergastadas no remédio heroico já aportaram no Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, notadamente, como se verifica dos autos do EAREsp 2.163.587/MG.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte não admite a tramitação concomitante de recursos e *habeas corpus* manejados contra o mesmo ato, sob pena de violação do princípio da unirrecorribilidade (AgRg no HC n. 823.337 /SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/08/2023, DJe de 21/08/2023, e AgRg no HC n. 864.456/DF, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 09/12/2023). A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO LEGALMENTE CABÍVEL. IMPETRAÇÃO CONCOMITANTE DO WRIT. REITERAÇÃO DAS RAZÕES SUSCITADAS. SUBVERSÃO DO SISTEMA RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

[...]

II - A interposição do recurso legalmente cabível e a impetração simultânea do habeas corpus para deduzir as mesmas alegações, assim como ocorre na espécie, caracteriza manifesta subversão do sistema recursal e impede o conhecimento do writ. Precedentes.

III- O presente habeas corpus apenas reitera as teses defensivas já veiculadas em recurso especial interposto na origem contra o mesmo acórdão. Ademais, o agravo interposto contra a decisão do Tribunal a quo que não conheceu do referido apelo nobre, o ARES n. 2.199.308 /SP, de minha relatoria, foi julgado em sede de agravo regimental por esta Corte.

IV - Não se observa ilegalidade flagrante a indicar a concessão de habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Assim, apesar de o recurso especial anteriormente interposto não ter sido conhecido devido à existência de óbice relativo à admissibilidade, não se extrai dos autos razão suficiente para a intervenção por este Tribunal Superior.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 834.082/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 21/5/2024, DJe de 28/5/2024; grifamos) Ademais, com a superveniência do trânsito em julgado, inviável o conhecimento do *writ* como substitutivo de recurso próprio, qual seja,

a revisão criminal, sob pena subversão do sistema recursal e indevida supressão de instância.

Ilustrativamente:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. WRIT IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

- 1. Tal como já sublinhado na decisão impugnada, o Superior Tribunal de Justiça não é competente para julgar o presente caso. O trânsito em julgado faz surgir hipótese que deve ser examinada pelo Tribunal de origem, em eventual Revisão Criminal que se queira ajuizar.**
- 2. Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal - "prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ" (HC n. 320.306/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., Dje 11/10/2016)-, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, recurso especial, recurso ordinário), tampouco à revisão criminal ou à medida cautelar, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus, situação não foi identificada no caso.*
- 3. A defesa não infirmou com adequação e suficiência os fundamentos da decisão agravada, destacadamente a incompetência dessa Corte Superior para julgar o writ manejado como sucedâneo de revisão criminal.*
- 4. A estabilidade que o direito deve oferecer à vida em sociedade não pode transigir com criteriosas relativizações da coisa julgada, sem que nem mesmo se verifique disposição para o uso do instituto adequado e já previsto para a rediscussão minuciosa que para isso se impõe.*
- 5. Agravo regimental não conhecido.**
(AgRg no HC n. 941.910/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/10/2024, DJe de 28/10/2024; grifamos).

Contudo, verifico a existência de ilegalidade flagrante, a ensejar a concessão da ordem de ofício por esta Corte Superior, por força do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal.

É que, no caso, a causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas foi afastada com os seguintes fundamentos (fls. 37/38):

No caso em tela, embora o acusado seja primário e portador de bons antecedentes (CAC def. 1801181), a quantidade de droga apreendida (75,98g de maconha), somada às diversas informações - já expostas acima - no sentido de que há tempos, ele vem se dedicando à comercialização espúria (um dos registros que o envolve é datado de

09/06/2018, um ano antes dos fatos em questão), impede a concessão do benefício.

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 aplicação da 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

técnicopenais, 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. (grifamos)*

Ademais, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 27/04/2022, no julgamento do HC n. 725.534/SP, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, reafirmou o entendimento exposto no REsp n. 1.887.511/SP, no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial.

Na oportunidade, foi **ressalvada a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.**

Na hipótese, todavia, deve ser 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 (75,98 g de maconha).

Fixadas essas premissas, passo a redimensionar as penas do agravante.

Na primeira fase de aplicação da pena, mantenho a pena-base no mínimo legal: 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na segunda etapa, a despeito da presença da atenuante da menoridade relativa, a pena permanece inalterada, em respeito à Súmula n. 231/STJ.

Na terceira e última etapa, aplico a causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da referida Lei na fração máxima (dois terços), de modo que a pena definitiva fica quantificada em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo.**

Considerando as circunstâncias apreciadas na formulação da nova dosimetria, tendo sido estabelecida pena de reclusão inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, e a ausência de circunstâncias judiciais negativas, o regime inicial de cumprimento de pena adequado é o **aberto**, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, bem como cabível a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental. Todavia, concedo *habeas corpus*, de ofício, a fim de aplicar o redutor de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na sua fração máxima de 2/3 (dois terços) e reduzir a sanção definitiva, nos termos da fundamentação.

É como voto.