



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 722139 - SP (2022/0033090-4)

RELATOR : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**
IMPETRANTE : **ILMAR CESAR CAVALCANTE MUNIZ E OUTRO**
ADVOGADOS : **ILMAR CÉSAR CAVALCANTI MUNIZ - SP300794**
DIEGO ROBERTO DA SILVA - SP338597
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **EMIDIO VIANA DA COSTA (PRESO)**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de habeas corpus, impetrado em favor de EMIDIO VIANA DA COSTA contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, caput, c/c o art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, às penas de **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado**, mais pagamento de **583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**, fixados no piso mínimo (fls. 77-84).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo para afastar a exasperação aplicada na primeira fase da dosimetria, sem reflexos no montante final da pena, nos termos do acórdão juntado às fls. 248-260.

Os embargos de declaração foram rejeitados pela eg. Corte de origem, em razão da intempestividade, conforme acórdão juntado às fls. 297-300.

No presente writ, o impetrante sustenta que não houve justificativa adequada a ensejar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que incida o privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como a readequação do regime

prisional, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (fls. 3-2 2).

As informações foram prestadas às fls. 365-442 e 443-463.

O Ministério Público Federal, à fl. 467, manifestou-se pelo não conhecimento do writ.

É o breve relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta 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.

Destarte, passo ao exame das razões veiculadas no mandamus.

O impetrante sustenta que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que o paciente é primário, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

Acerca do punctum saliens, o Tribunal a quo, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, in verbis (fls. 254-260, grifei):

"As reprimendas, todavia, comportam reparo, sem reflexos no quantum final.

Isso porque a quantidade de droga apreendida em poder do acusado (03 poções grandes de skunk, com peso líquido de 987,37g) já foi valorada pelo MM. Juiz na terceira fase da dosimetria, para afastamento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, daí porque não poderia também servir de fundamento para exasperação das básicas acima dos patamares mínimos, sob pena de configuração de indevido bis in idem.

Assim, partindo as penas do piso, deverão permanecer na segunda etapa, ainda que milite em prol do recorrente a atenuante da confissão espontânea, diante do acertado entendimento do verbete nº 231, da Súmula do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Já o redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, constitui mera benesse de aplicação não obrigatória, como se depreende da leitura do seu próprio texto ("as penas poderão ser reduzidas"), de utilização específica dentro do bojo desse diploma de natureza extravagante, fora do sistema geral estabelecido no artigo 68, do Código Penal,

que não se trata de direito subjetivo do réu, mas de possibilidade condicionada à satisfação cumulativa de exigências, o que não se observa no caso presente, sendo **incabível esse benefício a quem sequer demonstrou exercer o narcotráfico de forma ocasional, e em pequena monta, tendo sido surpreendido no momento em que realizava o transporte interestadual de expressiva quantidade de skunk que, segundo a experiência forense mostra, se prestaria a confecção de cerca de 1.200 cigarros dessa droga, somando-se a tal, ainda, que o acusado não comprovou o exercício de atividade laborativa lícita na época dos fatos, a teor do que dispõe o art. 156, do CPP, não se prestando para tal a mera alegação recursal de fls. 193 (em nenhum momento demonstrada), de que ele trabalhava de modo informal na cidade de Foz do Iguaçu, tudo a denotar que estava desde antes profundamente envolvido com a narcotraficância, portanto, a exercer atividade criminosa gravíssima, de maneira a não preencher o terceiro requisito do rol do aludido dispositivo, já que, por óbvio, e ao contrário do aduzido pela Defesa, não lhe seria confiada transporte dessa envergadura, na condição de traficante inexperiente e ocasional, mormente pelo valor que esse tóxico alcança no mercado espúrio. Aliás, dentro desse contexto, indiferente se mostra o fato de ser primário e possuidor de bons antecedentes.**

[...]

No mais, há que ser mantida a majoração de 1/6, aplicada em razão do disposto no artigo 40, V, da Lei de Drogas, tendo em vista que o delito visou a transposição de fronteiras de Estados da Federação, a resultar finais de cinco anos e dez meses de reclusão, mais o pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa.

Por fim, o quantum de penas fixadas, bem como as circunstâncias acima expostas, por si só já afastam a possibilidade de substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, ou mesmo de fixação de regime prisional inicial menos gravoso que o fechado para o desconto da aflição, como pretendido pela Defensoria do apelante, vez que tais constituem benefícios incompatíveis com a gravidade em concreto do crime em questão, praticado que foi, inclusive, em sua forma majorada, frisando-se que o réu foi surpreendido quando transportava, repita-se, vasta quantidade de skunk (droga que se caracteriza por ser muito potente do que a maconha, com a enorme concentração de THC que varia de 6% a 18%), que seria disseminada em larga escala na sociedade, como inclusive admitiu o apelante por ocasião de seu interrogatório (mídia), observando-se, assim, as graves consequências que poderiam ser alcançadas com sua forma de proceder, tudo em consonância com o disposto no § 3º, do artigo 33, do Código Penal, e no artigo 59, ambos do Código Penal, mais o artigo 42, da Lei nº 11.343/2006, levando-se em conta, também, a natureza do ilícito, equiparado aos hediondos, que a própria Carta Magna, em seu artigo 5º, incisos XLIII e LI, estabelece que seja tratado com maior rigor, a ponto de se tratar do único delito que autoriza a extradição do brasileiro naturalizado.

Soma-se a tal que é de entendimento da Turma Julgadora, em casos como este, quanto a dever ser rigorosa a repressão ao delito em tela, não havendo que se descurar, inclusive, que os supramencionados dispositivos constitucionais, como a própria Lei nº 8.072/90, encontram pleno amparo na Convenção de Viena, de 1991, de Combate ao Tráfico de Drogas, promulgada no país pelo Decreto nº 154/91, especialmente quanto aos seus artigos 4º, “a”, 6 e 7, Tratado Internacional esse, aliás, que pela hierarquia das leis se sobrepõe à todas as outras.

[...]

Isto posto, rejeitada a questão preliminar, dá-se parcial provimento ao apelo ajuizado em prol de Emídio Viana da Costa, para que, mantida no mais, por seus fundamentos, a r. sentença, fique afastada tão somente a exasperação aplicada na primeira fase da dosimetria, sem reflexos no montante final da pena a ser cumprida. Persistem as razões de fls. 51/58 para a manutenção do condenado preso, como determinado na r. sentença (fl. 163).

Pois bem.

Inicialmente, cumpre registrar que a via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e houver flagrante ilegalidade.

O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

In casu, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi estabelecida sem a devida fundamentação, pois a exarada apreensão de **987,37g de skunk**, bem como a interestadualidade do delito e o fato de não ter sido devidamente demonstrado que o paciente teria **ocupação lícita**, sem remissão às demais peculiaridades do caso em comento, não demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas, nem que integrava organização criminosa.

A propósito: *A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, fixou orientação no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas não são circunstâncias que permitem aferir, por si sós, o grau de envolvimento dos Acusados com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas, ou, ainda, justificar a modulação da fração desse benefício.* " (HC 709.541/SC, Sexta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 25/04/2022).

Ademais, a Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP

(DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base. (AgRg no HC 658.848/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 14/02/2022).

Desse modo, forçoso reconhecer a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no seu patamar máximo, 2/3 (dois terços), reduzindo a pena do crime de tráfico de entorpecentes, para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez dias) de reclusão, e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. NECESSIDADE DE INCIDÊNCIA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS EVIDENCIADORES DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.

2. O tratamento legal conferido ao crime de tráfico de drogas traz peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico saúde pública, fez com que o legislador elegesse dois elementos específicos ? necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.

3. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

4. No julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena.

5. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese

n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base.

6. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores "natureza e quantidade de drogas apreendidas" para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.

7. A natureza e quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, 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.

8. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 658.848/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 14/02/2022, grifei).

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal. Esse também é entendimento perfilhado por esta Corte, in verbis:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...] 7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o

disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. 8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto. 9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente". (HC n. 239.999/MS, Quinta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 21/8/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...] 3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto. 4. In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY. 5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal. 6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastadas a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto aos três pacientes, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY". (HC n. 271.147/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/9/2014, grifei).

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Nesse compasso, considerando a primariedade do paciente e o quantum de pena estabelecido, bem como as circunstâncias judiciais favoráveis (pena-base fixada no mínimo legal), forçoso concluir que faz jus ao regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

Finalmente, cumpre registrar que o Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, como ocorre no presente caso.

Ante o exposto, não conheço do presente habeas corpus. Todavia, concedo a ordem de ofício, apenas para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo e estabelecer a sanção em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez dias) de reclusão, e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, bem como fixar o regime prisional aberto, para o início do cumprimento da pena do paciente e determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.

P. e I.

Brasília, 23 de maio de 2022.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator