

HABEAS CORPUS 207.501 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : JACKSON VAZ DE LIMA
IMPTE.(S) : WILLIAM CESAR PINTO DE OLIVEIRA E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC N° 698.145 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por William Cesar Pinto de Oliveira e Outros, em favor de Jackson Vaz de Lima, contra decisão monocrática proferida por Ministro do STJ, nos autos do HC 698.145/SP.

Colho da decisão impugnada:

“Trata-se de habeas corpus com pedido liminar impetrado em favor de JACKSON VAZ DE LIMA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 1500843-10.2020.8.26.0544.

Na hipótese, o impetrante aponta constrangimento ilegal na negativa de aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Alega ainda existência de *bis in idem*, uma vez que a quantidade, natureza e diversidade da droga apreendida foi utilizada tanto na primeira fase para exasperar a pena-base como na terceira para afastar a minorante do tráfico de drogas, em razão da condenação que teve pena reduzida em grau de apelação para **5 anos e 10 meses de reclusão**, em regime fechado, mais pagamento de **583 dias-multa**, pela prática do crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, e se requer, em caráter **liminar e no mérito**, a concessão da ordem para reconhecer o benefício do tráfico privilegiado e, conseqüentemente, substituir a pena corporal por restritivas de direitos.

É o breve relatório.”(eDOC 3)

No STJ, o pedido liminar foi indeferido por inexistência de constrangimento ilegal apto a conceder a ordem.

HC 207501 / SP

Não há registro da interposição de agravo.

Nesta Corte, a defesa reitera os pedidos formulados naquele Tribunal, para revogar a prisão cautelar, reconhecer o tráfico privilegiado e substituir a pena corporal por restritivas de direito.

É o relatório.

Decido.

De início, verifico que o pedido esbarra na Súmula 691 desta Corte, razão por que dele não posso conhecer.

É bem verdade que o rigor na aplicação da Súmula 691/STF tem sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais em que: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF (cf. as decisões colegiadas: HC 84.014/MG, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25.6.2004; HC 85.185/SP, Pleno, por maioria, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 1º.9.2006; e HC 88.229/SE, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, maioria, DJ 23.2.2007; e as seguintes decisões monocráticas: HC 85.826/SP (MC), de minha relatoria, DJ 3.5.2005; e HC 86.213/ES (MC), Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º.8.2005).

Na hipótese dos autos, entendo caracterizada situação ensejadora do afastamento da incidência da Súmula 691/STF.

Transcrevo teor da sentença de 1º grau:

“[...] verifico que os acusados eram primários a época dos fatos (fls. 48/51), não havendo informações nos autos acerca de suas condutas sociais e de suas personalidades; não se pode desprezar, entretanto, **a natureza, a diversidade e a grande quantidade das drogas que foram apreendidas, razão pela qual majoro as suas penas-base acima do mínimo legal**, ou seja, em 06 (SEIS) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO E 625 (SEISCENTOS E VINTE E CINCO) DIAS-MULTA, a qual torno definitiva em relação ao corréu Jackson, ante a ausência

de circunstâncias modificadoras.

Na segunda fase, [...]

Cumpra consignar que, em razão **da quantidade de droga que foi apreendida**, bem como os objetos utilizados no processo de traficância com eles encontrados, **há indicativos de que os acusados se dedicariam a atividades delitivas de forma habitual** e a partir delas manteriam as suas subsistências. Assim, por esta razão, os acusados **não fazem jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.**

Os acusados iniciarão o cumprimento de suas penas no regime **FECHADO**, em obediência aos parâmetros contidos no artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal e no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, uma vez que, embora as penas fixadas não superem oito anos, tal regime é o único recomendável ao caso dos autos, ante a elevada culpabilidade de agentes que cometem tráfico ilícito de entorpecentes, e se encontra em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição Federal aos crimes hediondos e equiparados (artigo 5º, inciso XLIII), **não podendo se olvidar da natureza, diversidade e da palpável quantidade de drogas que foram apreendidas.**

Ainda, atendendo a nova redação do art. 387, § 2º, CPP, dada pela lei 12.736/12, **mantenho o regime FECHADO, diante de sua inconstitucionalidade por violar os princípios da individualização da pena**, do juiz natural e da igualdade, uma vez somente ao juiz da execução penal compete avaliar se, na espécie, estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão de qualquer benefício com a observância do acompanhamento disciplinar até o final do cumprimento da pena. Não se pode, dessa maneira, vincular à progressão de regime um mero procedimento de cálculo aritmético de cumprimento de pena, ignorando o mérito do sentenciado e, verdadeiramente, negando vigência ao que estabelece o art. 112 da Lei de Execução Penal, que não se encontra revogado.

[...]

É incabível a concessão do sursis , bem como a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, em face da quantidade da pena fixada aos réus.

Do exposto, JULGO PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA, para o fim de CONDENAR:

- o acusado JACKSON VAZ DE LIMA, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade de 06 (SEIS) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO, no regime inicial FECHADO, vedadas quaisquer substituições previstas em Lei, bem como à pena de 625 (SEISCENTOS E VINTE E CINCO) DIAS-MULTA, com a diária no mínimo legal, por ter praticado a conduta descrita no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, e;

[...]

Os réus permaneceram presos durante todo o trâmite processual, o que demonstra que subsistem os requisitos da prisão preventiva, máxime agora, com sentença penal condenatória, não havendo, pois, quaisquer motivos para a concessão de liberdade provisória em seus favores, pelo que não poderão apelar em liberdade.

(eDOC 5, p. 6-7)“

Posteriormente, em sede de apelação, assim decidiu o TJSP:

“A) DAS PENAS ESTABELECIDAS AO RÉU JACKSON Na **primeira fase** da dosimetria penal, o juízo de piso entendeu por bem majorar a pena-base, tendo trazido fundamentação que entendo idônea, já que a natureza e a quantidade de porções de drogas apreendidas (1144 gramas de cocaína e 691 gramas de maconha – auto de exibição e apreensão de folhas 17/18 dos autos) realmente permitem o incremento, nesta fase, em razão da disposição contida no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006. **Entretanto, o incremento foi realizado em fração superior à mínima, sem justificativa idônea, razão pela qual redimensiono o aumento tendo em conta a fração mínima de**

1/6 (um sexto), encontrando a pena-base de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes em relação ao réu Jackson, a pena-base fica mantida. Ademais, o i. Juízo sentenciante entendeu por bem afastar a aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, justificando de forma idônea a impossibilidade de aplicar a minorante no caso concreto, pois, além da quantidade e natureza das drogas apreendidas, há indicativos de que os sentenciados se dedicariam a atividades delitivas de forma habitual, já que além da grande quantidade de porções de drogas individualizadas, prontas para o repasse a terceiras pessoas, foram apreendidas anotações típicas da contabilidade de drogas, o que está realmente a indicar que se dedicam à atividade criminosa do tráfico de drogas, o que impede o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado e não configura “bis in idem”, como, inclusive, tem entendido o Colendo Superior Tribunal de Justiça, *ex. gratia* :

[...]

Diante disso, neste caso concreto, **fica mantida afastada a pretensão defensiva de ver aplicada a minorante prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.** Ausentes quaisquer outras causas de aumento ou de diminuição, fica mantida, ao réu Jackson, a pena definitiva de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Diante da quantidade de pena estabelecida ao réu Jackson, que não conta com nenhuma circunstância agravante, entendo possível a modificação do **regime prisional para o semiaberto**, em que pese estarmos diante da prática de crime equiparado a hediondo, pois incide o disposto na letra “b”, do § 2º, do artigo 33, do Código Penal, o qual entendo como necessário e suficiente para a devida reprovação da conduta de Jackson, já que, inclusive, há que se aplicar o disposto no § 2º, do artigo 387, do Código de Processo Penal. Por fim, tendo em conta a quantidade de pena e por estarmos diante de condenação por crime equiparado a hediondo, impossível a aplicação do

disposto no artigo 44 do Código Penal. Ante todo o exposto, nega-se provimento ao recurso acusatório e dá-se parcial provimento aos recursos de apelações interpostos pelos sentenciados e o faço:

[...]

B) para, mantendo a condenação do réu Jackson Vaz de Lima por infração ao disposto no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006, **redimensionar a pena-base para a fração mínima de 1/6 (um sexto), condenando-o à pena definitiva de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.** " (eDOC 2, p. 384 - 386)

Colho, por fim, trechos da sentença condenatória:

"[...]

No caso, ao menos em juízo perfunctório, não é possível identificar de plano o constrangimento ilegal aventado ou, ainda, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, elementos autorizadores para a concessão da tutela de urgência.

Confundindo-se com o mérito, a pretensão deve ser submetida à análise do órgão colegiado, oportunidade na qual poderá ser feito exame aprofundado das alegações relatadas após manifestação do Parquet.

Por tais razões, indefiro o pedido de liminar." (eDOC 3)

Conforme relatado, o impetrante pretende neste *writ* a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e a aplicação de regime inicial adequado.

Ressalto, que os requisitos para a concessão da causa de diminuição de pena, segundo os termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, são os seguintes: (i) ser o agente primário; (ii) possuidor de bons antecedentes; (iii) não se dedicar a atividades criminosas; e (iv) não integrar organização criminosa.

E, conforme precedentes desta Corte:

“(...) o juiz não está obrigado a aplicar o máximo da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para fixar no patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto, desde que o faça de forma fundamentada. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e máximo”. (HC 113.210/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski e HC 108.523/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

Saliento que primariedade, bons antecedentes, não integração em organização criminosa ou dedicação às atividades criminosas são condicionantes da incidência da causa de diminuição de pena, não elementos determinantes de sua modulação.

No ponto, destaco que a jurisprudência desta Suprema Corte entende que a dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Aos Tribunais Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete somente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais decisões teratológicas e arbitrárias, que violem frontalmente dispositivo constitucional.

No caso vertente, vislumbro constrangimento ilegal capaz de alterar a decisão atacada, porquanto de apelação, ao manter a negativa de aplicação do redutor na dosimetria, assim pontuou “ *que está realmente a indicar que se dedicam à atividade criminosa do tráfico de drogas, o que impede o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado e não configura “bis in idem”*”. Informação que, numa análise pouco mais detida dos autos, não se mostrou comprovada.

Além do mais, manteve-se da sentença condenatória, em que tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria, utiliza-se da natureza e a quantidade.

HC 207501 / SP

Registro que, em sessão realizada no dia 19.12.2013, o Pleno do STF, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou orientação no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa.

Conforme assentado na doutrina: a habitualidade e o pertencimento à organizações criminosas deverão ser comprovados, não valendo a simples presunção. Não havendo prova nesse sentido, o condenado fará jus à redução de pena (QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus. Comentários à Lei de Drogas . 2016. p. 50).

Assim, a quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa , devendo o juízo condenatório obter outros elementos hábeis a embasar tal afirmativa. Nesse sentido, assentou a Segunda Turma deste Supremo Tribunal:

“HABEAS CORPUS . PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA APREENDIDA (132,85 KG). DEDICAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE ABSOLVIDA PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONTRADIÇÃO ENTRE OS FUNDAMENTOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO EM PARTE. I A grande quantidade de entorpecente, apesar de não ter sido o único fundamento utilizado para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, foi, isoladamente, utilizado como elemento para presumir-se a participação da paciente em uma organização criminosa e, assim, negar-lhe o direito à minorante.

II A quantidade de drogas não poderia, automaticamente, proporcionar o entendimento de que a paciente faria do tráfico seu meio de vida ou integraria uma organização criminosa. Ausência de fundamentação idônea, apta a justificar o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Precedentes.

III - É patente a contradição entre os fundamentos expendidos para absolver a paciente da acusação da prática do delito tipificado pelo art. 35 da Lei 11.343/2006 e aqueles utilizados para negar-lhe o direito à minorante constante do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal. Precedentes.

IV - Recurso ordinário ao qual se dá provimento, em parte, para reconhecer a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e determinar que o juízo a quo, após definir o patamar de redução, recalcule a pena e proceda ao reexame do regime inicial do cumprimento da sanção e da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, se preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal". (RHC 138.715, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 09.06.2017)

Nos termos assentados na doutrina: (...) militará em favor do réu a presunção de que é primário e de bons antecedentes e de que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa. O ônus da prova, nesse caso, é do Ministério Público (...) (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lei de Drogas anotada . 2009. p. 109).

Tecidas as considerações pertinentes, verifico que o paciente preenche os requisitos legais previstos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, de forma que faz jus ao redutor.

Ante o exposto, com fundamento no art. 192 do RI/STF, **concedo a ordem** para determinar ao juízo de origem que proceda à nova dosimetria da pena imposta ao paciente e **aplique a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em patamar a ser fixado motivadamente.**

Após a fixação da pena, que analise a possibilidade de

HC 207501 / SP

abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena, nos moldes do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal (vedado o regime fechado em razão da gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas), e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal.

Publique-se.

Brasília, 20 de outubro de 2021.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente