



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 748540 - MS (2022/0178625-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : HUGO EDWARD LIMA MARTINS E OUTRO
ADVOGADOS : MAURO DELI VEIGA - MS012141
HUGO EDWARD LIMA MARTINS - MS023130
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : NATHANAEL FELIPE ZIGART DA CONCEICAO
CORRÉU : SULLYVAN WENDER DE OLIVEIRA MOREIRA
CORRÉU : CARLOS ALEXANDRE MACHADO TELES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **NATHANAEL FELIPE ZIGART DA CONCEIÇÃO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *habeas corpus*, alega a defesa, em suma, que o réu preenche todos os requisitos legais para ser beneficiado com o tráfico privilegiado.

Argumenta que "a quantidade de drogas encontradas com o paciente 400g (quatrocentos gramas) não se mostra idônea a gerar maior reprovação social, eis que ficou demonstrado que o paciente é usuário de drogas através do laudo realizado pelo Sr. Perito, em anexo." (e-STJ, fl. 10)

Assevera a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando.

Requer a aplicação do redutor do tráfico privilegiado.

É o relatório.

Decido.

Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal de origem manteve afastado o tráfico privilegiado sob os seguintes fundamentos:

"3 – Do pleito pelo reconhecimento do tráfico ocasional.

Os apelantes requerem seja aplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (tráfico privilegiado) e afastada a hediondez do delito.

A sentença não aplicou a causa de diminuição de pena sob os seguintes fundamentos:

"No tocante ao reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do

art. 33, da Lei nº 11.343/2006, entendendo que não é devido a nenhum dos acusados. Dos autos verifica-se que o(a)(s) réu(é)(s) Sullyvan Wender de Oliveira Moreira é primário(a) (f. 333-335; 336); não possui antecedentes, entretanto o próprio admitiu, em juízo (f. 268-269, interrogatório), a venda de substância entorpecente desde de outubro de 2019 e novamente praticava tal conduta, o que demonstra que se dedicava à atividades criminosas, no caso o tráfico de entorpecentes, deixando, pois, de preencher os requisitos para o benefício. **O réu Nathanael Felipe Zigart da Conceição é primário(a)(s) (f. 170; 329); não possui antecedentes, entretanto estando configurado que o destino da droga era a mercancia, o que foi demonstrado pelas provas colhidas, faz ressaltar daí que este(a)(s) passou a se dedicar à atividades criminosas, no caso o tráfico de entorpecentes, deixando, pois, de preencher os requisitos para o benefício”.**

Para o reconhecimento do tráfico ocasional (§ 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06) exige-se prova da primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e de não integrar organização criminosa, de forma cumulada.

É certo que tal benefício foi instituído por questões de política criminal, a fim de propiciar mais rápida ressocialização a quem ainda não está envolvido em maior profundidade com o mundo do crime, o pequeno traficante, o que não é o caso verificado nestes autos pois, inobstante a primariedade e ausentes antecedentes penais, a prova estampa que os apelantes se dedicavam ao tráfico de drogas.

De fato, SULLYVAN admitiu ser distribuidor de drogas há muito tempo, de forma rotineira, inclusive com entregas a domicílio, além de os agentes públicos terem declarado em Juízo que o mesmo é conhecido como traficante e receptor.

Esse tipo de atividade ilícita configura dedicação a atividades criminosas, de maneira que o reconhecimento da referida minorante é absolutamente descabido.

Quanto a NATHANAEL, embora a prova não demonstre que a atividade criminosa fosse realizada na mesma proporção que a de SULLYVAN, restou claro que também ele era dedicado à distribuição de drogas.

A tal conclusão se chega com facilidade apenas analisando a quantidade de maconha que o mesmo adquiriu de SULLYVAN, 400 gramas que, conforme visto, propicia a confecção de até 1.320 (mil e trezentos e vinte) cigarros.

Considerando que seu organismo poderia suportar dois gramas e meio por dia, multiplicando a quantidade mínima (quatrocentos cigarros), vê-se que os cigarros com a carga máxima (um grama) seriam suficientes para 160 (cento e sessenta) dias, ou 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias, de forma que o restante perderia as propriedades alucinógenas em 20 (vinte) dias.

E os autos demonstram que NATHANAEL apresenta Síndrome de Dependência de grau LEVE, de forma que não consome a quantidade acima referida por dia, de maneira que resta uma elevada quantidade da substância para a distribuição.

E como se sabe, a maconha é distribuída em pequenas porções, de maneira que a quantidade que sobejou à destinada ao uso próprio levaria um bom tempo para ser diluída entre os usuários, especialmente se formos considerar a capacidade mínima por cigarro (0,3 gramas).

De tal forma, demonstrado que os apelantes se dedicam a atividades criminosas, impossível o deferimento do benefício pleiteado, de maneira que se confirma a hediondez do delito.

4 – Do pleito pelo abrandamento do regime prisional inicial e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Os apelantes pugnam pelo abrandamento do regime inicial para aberto ou semiaberto, já que a sentença elegeu o fechado.

Para eleger o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve-se

harmonizar o disposto pelo artigo 33, §§ 2.º e 3.º com o 59, ambos do Código Penal. A ambos os apelantes foi imposta pena inferior a 08 anos de reclusão, nenhum é reincidente, de forma que até se poderia estabelecer o semiaberto, nos termos do § 2º, letra "b", do artigo 33.

[...]

No que toca a NATHANAEL, inobstante a neutralidade das circunstâncias judiciais, viu-se que o mesmo, tal qual SULLYVAN, dedica-se a atividades criminosas, de maneira que se torna impossível a eleição de regime mais brando, pois assim não se atenderia ao fator retributivo da pena. Nesse sentido (sem grifo na origem e com redução ao ponto):

[...]

Portanto, confirma-se o regime fechado eleito pela sentença.

Por fim insta salientar que, não tendo havido qualquer alteração nas penas fixadas, resta impossível a substituição das privativas de liberdade por restritivas de direito, eis que superiores a quatro anos.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, nego provimento aos recursos, confirmando a prisão decretada em desfavor dos apelantes porque os motivos persistem, em especial diante da necessidade de se interromper a prática das atividades ilícitas desenvolvidas, respeitado o regime imposto a cada um." (e-STJ, fls. 65-69; sem grifos no original)

De acordo com o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

No caso, observa-se que a instância ordinária concluiu pela habitualidade delitiva do paciente com base em meras presunções, na medida em que destacou apenas a quantidade de drogas que ele adquiriu do corrêu, qual seja, **400g de maconha**.

Entretanto, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "a quantidade de droga apreendida, por si só, não justifica o afastamento do redutor do tráfico privilegiado, sendo necessário, para tanto, a indicação de outros elementos ou circunstâncias capazes de demonstrar a dedicação do réu à prática de atividades ilícitas ou a sua participação em organização criminosa" (AgRg no REsp 1.866.691/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/5/2020) (AgRg no HC 656.477/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 03/11/2021).

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INCIDÊNCIA. ABSORÇÃO DA CONDUTA RELATIVA AO ART. 33, § 1º, I PELA DO ART. 33, CAPUT, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. CONDUTA ÚNICA. CAFEÍNA UTILIZADA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DA DROGA COMERCIALIZADA (COCAÍNA). APREENSÃO NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E AFASTAMENTO DA MINORANTE. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. COMPROVAÇÃO DE DEDICAÇÃO DO AGENTE. ÚNICO FUNDAMENTO DECLINADO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A interposição concomitante de recursos tanto pelo Ministério Público Federal quanto pelo estadual não impede a análise da via de impugnação protocolada

posteriormente; pois, de acordo com entendimento desta Corte, "o Ministério Público Estadual possui legitimidade para a interposição de agravo regimental, ainda que o Parquet Federal tenha exercido essa faculdade com precedência, sem que configure preclusão consumativa ou violação ao princípio da unirrrecorribilidade" (EDcl no AgRg no REsp n. 1.843.259/RO, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/6/2020, DJe 29/6/2020).

2. Sobre a aplicação do princípio da consunção, esta Corte entende que ele "incide quando for um dos crimes meio necessário ou usual para a preparação, execução ou mero exaurimento do delito final visado pelo agente, desde que não ofendidos bens jurídicos distintos. Entre os delitos de tráfico de drogas, de seus insumos ou maquinário, pode ocorrer a consunção quando constatado que sejam os insumos ou maquinários confirmados como meios de obtenção da droga comercializada" (HC n. 598.863/SC, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 1º/9/2020, DJe 16/9/2020).

3. Na hipótese em exame, em que pese às instâncias ordinárias salientarem a existência de duas condutas autônomas, não é o caso, pois o armazenamento da cafeína constitui fato praticado no mesmo contexto do flagrante do paciente que portava os entorpecentes, tendo a Corte de origem destacado que "a cafeína seria utilizada para misturar à cocaína durante seu preparo, a fim de obter maior lucro na comercialização do entorpecente". Assim sendo, deve ser afastada a incidência do crime previsto no art. 33, § 1º, I, da Lei 11.343/2006, ficando apenas o tipo penal do art. 33, caput, da mesma Lei.

4. Sendo a quantidade e a natureza das drogas apreendidas valoradas tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar aplicação da minorante do tráfico dito privilegiado, sendo o único fundamento apontado pela Corte de origem para rechaçar a redutora legal, verifica-se indevido bis in idem. Precedentes.

5. No julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, concluiu a Terceira Seção desta Casa que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza não de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Com efeito, a quantidade e natureza do material tóxico somente poderão justificar o afastamento do benefício de forma supletiva, e quando o contexto em que se deu a sua apreensão evidenciar a dedicação à atividade criminosa.

6. No caso, as instâncias de origem não questionaram, em nenhum momento, a primariedade e os bons antecedentes do sentenciado, tampouco aludiram ser ele integrante de organização criminosa, a não ser por presumirem exclusivamente com base na quantidade das drogas apreendidas, o que não se admite. A dedicação à atividade criminosa foi assentada tão somente na quantidade de material tóxico encontrada no momento da prisão em flagrante.

7. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC 682.984/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 22/10/2021).

Assim, à míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do paciente em atividade criminosa, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

Mantém-se a pena-base em 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa. Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes a pena permanece inalterada. Na última etapa, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diminuo-a em 2/3, resultando definitiva em **1 ano e 8 meses de reclusão mais 167 dias-multa.**

O regime prisional, também, merece alteração.

Estabelecida a pena definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, diante da primariedade do réu e da análise favorável das circunstâncias judiciais, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Confira:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. In casu, em razão da primariedade do paciente, do quantum de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.

3. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Na hipótese, constata-se que, o Tribunal a quo fundamentou a vedação da substituição da pena por restritiva de direitos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena."

(HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito:

"[...]

3. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime

de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

5. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão que julgou a apelação, referiu-se apenas à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. O quantum da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem à paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, além da substituição por restritiva de direitos.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais." (HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena definitiva do paciente para **1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa**, bem como para estabelecer o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2022.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator