



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 729674 - PR (2022/0074408-6)

RELATOR : **MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

IMPETRANTE : FABIO CEZAR MARTINS

ADVOGADO : FÁBIO CÉZAR MARTINS - PR091558

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

PACIENTE : RAFAEL ALVES DE LIMA (PRESO)

CORRÉU : MAYCOL ANTONIO DE SOUZA CRUZ

CORRÉU : RANGEL WILLIANS DOS SANTOS JULIAO

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão assim ementado (fls. 188-187):

APELANTE 01: RAFAEL ALVES DE LIMA. RECORRENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES (FATO 02)(ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). RECURSO QUE NÃO VERSOU SOBRE A ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE.

1. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE QUE JÁ FOI APLICADA EM SEDE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

2. ALMEJADA FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA NO MÍNIMO LEGAL, SENDO ADOTADA A RAZÃO DE UM TRIGÉSIMO RELATIVO AO SALÁRIO MÍNIMO PARA CADA DIA-MULTA. PRETENSÃO DEFENSIVA QUE JÁ FOI ACOLHIDA PELO MAGISTRADO DE PISO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

3. DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO PELA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA DELINEADA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO TECIDA PELO MAGISTRADO SENTENCIANTE ESCORREITA. PRECEDENTES. NÃO ACOLHIMENTO. PENA MANTIDA INALTERADA.

4. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO E CONVERSÃO DA REPRIMENDA EM PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. SANÇÃO CORPORAL SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS. MAIOR GRAVIDADE CONCRETA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. FUNDAMENTAÇÃO ESCORREITA. REGIME FECHADO INALTERADO[...].

Alega a defesa, em suma, que o paciente faz jus à aplicação da minorante do tráfico privilegiado, pois a simples condição de “mula do tráfico” não pode afastar a incidência da causa especial de diminuição de pena, requerendo o redimensionamento

da pena, com a fixação de regime inicial menos gravoso e a substituição da pena privativa por penas restritivas de direitos.

Não havendo divergência da matéria no órgão colegiado, admissível seu exame *in limine* pelo relator, nos termos do art. 34, XVIII e XX, do RISTJ.

O paciente foi condenado como incurso no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006, a 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, pena que foi mantida pelo Tribunal de origem.

Relativamente à minorante do tráfico privilegiado, o acórdão encontra-se assim fundamentado (fls. 221-222):

DOSIMETRIA DA PENA – RECORRENTE RAFAEL ALVES DE LIMA

Neste ponto, requer a defesa do recorrente Rafael Alves a fixação da sanção no mínimo legal, com a aplicação da causa especial de redução de pena delineada no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, alegando que o recorrente efetivamente cumpre com todos os requisitos legais paratanto.

Inicialmente, passo à análise do cálculo penal do crime de tráfico de drogas operado em primeiro grau de jurisdição.

Na primeira fase de dosimetria da pena o Magistrado de piso não valorou negativamente nenhum dos vetores previstos no art. 59, do Código Penal ou art. 42, da Lei nº 11.343/06, estabelecendo a pena-base no mínimo legal, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão, juntamente do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase de dosimetria da pena o douto Magistrado percebeu a presença da atenuante da confissão espontânea, contudo, em atenção às disposições da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, manteve a reprimenda no mínimo legal.

Na terceira fase de dosimetria da pena o Dr. Juiz não constatou a possibilidade de aplicar a minorante delineada no art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos, motivo pelo qual a pena de 05 (cinco) anos de reclusão, juntamente do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa se tornou definitiva.

Em seguida, quanto à possibilidade de aplicação da causa especial de redução da pena atrelada ao reconhecimento da forma privilegiada do crime de tráfico de entorpecentes, sabe-se que o diploma legal estabelece que devem ser cumpridos quatro requisitos cumulativamente para que o benefício seja aplicado, veja:

[...]

Analisando os autos, malgrado o réu seja tecnicamente primário, tecnicamente detentor de bons antecedentes e não haja indícios de que ele integre organização criminosa, há nos autos, o que elementos concretos que demonstram a dedicação do agente a atividades delituosas acaba por obstar a aplicação da benesse legal.

No caso particular de Rafael, viu-se que em sua posse foram apreendidos cerca de duzentos e cinquenta e sete quilos de “maconha”, o que por si só demonstra o envolvimento deste com a narcotráfica, tendo em vista que traficantes de pequena atividade, ou iniciantes nunca seguram em sua posse tamanha quantia, nem mesmo sob a condição de “mula do tráfico”.

Outra vez, certo é que, conquanto não haja previsão legal expressa

nesse sentido, a quantidade, a variedade e a natureza da droga, aliadas às circunstâncias do fato, são fatores aptos a exteriorizar a dedicação do agente a atividades criminosas, como tem se manifestado, com frequência, o Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Logo, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, a fundamentação escoreta empregada pelo Magistrado Sentenciante, e o entendimento das Cortes Superiores, mantenho afastamento da aplicação da causa especial de redução da pena pleiteada pela defesa.

Logo, não se encontram cumpridos todos os requisitos do diploma legal, o que diretamente afasta a possibilidade da redução da pena em função da benesse do “tráfico privilegiado”, bem como deve ser mantida inalterada a pena definitiva aplicada ao recorrente.[...].

A sentença, por sua vez, aplicou a pena nos seguintes termos (fls. 137-139):

[...].EM RELAÇÃO AO RÉU RAFAEL ALVES DE LIMA:

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: tendo em vista o disposto no artigo 42, da Lei nº 11.343/2006, bem como atenta às diretrizes traçadas pelo artigo 59, do Código Penal passo a estruturar-lhe as penas verificando que a CULPABILIDADE restou evidenciada, estando presente o elemento subjetivo do tipo, vez que o denunciado agiu de forma livre e consciente na perpetração do delito que consumou, estando ainda ciente da reprovabilidade de sua conduta. Não há registro de ANTECEDENTES, conforme certidão do oráculo (seq. 317.1). Não há elementos nos autos para aquilatar a sua CONDUTA SOCIAL. Sua PERSONALIDADE não foi tecnicamente avaliada. Os MOTIVOS DO CRIME não foram suficientemente esclarecidos nos autos, mas ao que parece, visava o lucro. Quanto às CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME são as normais do tipo penal. Por fim, com referência às CONSEQUÊNCIAS, estas não o desfavorecem, posto que a apreensão da droga ocorreu antes de sua distribuição. Contudo é de se frisar as consequências genéricas: a insegurança social e familiar gerada por atitudes como as do réu, que colabora na destruição de vidas e destinos daqueles que se envolvem com drogas, sendo notória a estatística de que o tráfico de entorpecentes encontra-se no topo da cadeia de crimes graves, normalmente sendo corolário de delitos contra o patrimônio e contra a vida, o que evidencia a gravidade de suas ações. Não há o que se falar em COMPORTAMENTO DA VÍTIMA espécie.

PENA-BASE: Pelo que se expôs, tendo em vista o equilíbrio entre as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis, fixo-lhe a pena-base no mínimo legal, ou seja, EM 05 (CINCO)ANOS DE RECLUSÃO E 500 (QUINHENTOS)DIAS-MULTA, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, corrigido monetariamente, levando-se em conta a ausência de informações quanto à condição financeira doréu, tudo na forma do artigo 60 do Código Penal combinado com o artigo 43, da Lei nº 11.343/2006.

CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS: Segundo consta dos autos o réu confessou espontaneamente autoria delitiva, devendo incidir no caso a atenuante da confissão (art. 65, III, 'd', CP). Deixo, contudo, de aplicar qualquer redução, por já haver aplicado a pena mínima, não sendo possível reduzi-la aquém do mínimo nesta fase da dosimetria da pena.

CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO E/OU DIMINUIÇÃO DE PENA: Incabível, no caso, a incidência da causa especial de redução de pena prevista no artigo 33,

§ 4º, da Lei 11.343/06, vez que o acusado não comprovou nos autos exercer atividade lícita à época dos fatos, tudo indicando que se dedique exclusivamente ao tráfico de drogas, além da grande quantidade de droga apreendida em poder do denunciado, havendo indícios de que participa de organização criminosa.

PENA DEFINITIVA: Vencidas as etapas do artigo 68, do Código Penal, e na ausência de outras causas ou circunstâncias legais e/ou judiciais capazes de alterá-la, fica o réu definitivamente condenado à pena privativa de liberdade de 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E 500 (QUINHENTOS)DIAS-MULTA, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, corrigido monetariamente.

REGIME: Quanto à escolha do regime prisional sabe-se que o julgador não está absolutamente adstrito ao quantum da pena imposta no caso concreto, devendo, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, guiar-se pelas diretrizes previstas no art. 59 do Estatuto Repressivo.

Na espécie, a despeito da primariedade técnica do acusado, o regime inicial para o cumprimento da pena não pode ser outro, que não o FECHADO, pois a fixação de regime diverso (aberto ou semiaberto), não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado, não apenas em razão da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, por não se tratar o réu de traficante eventual, tendo em vista que o acusado possui antecedentes criminais **além da circunstância de estar transportando grande quantidade de entorpecente.**

Consigne-se, portanto, que o regime inicial fechado não está sendo fixado em razão da quantidade de pena, tampouco da gravidade abstrata do delito, mas das circunstâncias concretas em que praticados o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição de regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção.

E não se olvide que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.

[...]

Diante do exposto, estabeleço como regime inicial de cumprimento da pena o REGIME FECHADO, conforme estabelece o artigo 33, § 2º, alínea a, do Código Penal, a ser cumprido em Penitenciária do Estado ou outro local a ser designado pelo Juízo da Execução.[...].

Como se vê, as instâncias de origem fixaram a pena-base no mínimo legal, mantendo-a na segunda fase de dosimetria nos termos da súmula n. 691/STF, mesmo reconhecida a atenuante da confissão, afastando, na terceira fase, aplicação da minorante do tráfico privilegiado em razão da quantidade de droga apreendida, mesmo estando o paciente sob a condição de “mula do tráfico”, e da ausência de comprovação de atividade lícita, fixando a reprimenda em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Com efeito, a Terceira Seção, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP de relatoria

do Ministro João Otávio de Noronha, consolidou o entendimento de que a natureza e a quantidade da droga devem ser sopesadas na fixação da pena-base, mas a sua utilização como justificativa para o afastamento da minorante do tráfico privilegiado somente pode ocorrer se conjugada com outras circunstâncias do caso concreto que revelem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa. A esse respeito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 1º/7/2021), a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça decidiu que a utilização supletiva dos elementos relativos à natureza e à quantidade de drogas apreendidas, na terceira fase da dosimetria, para fins de afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.

2. Uma vez que, no caso, a natureza de drogas apreendidas foi sopesada pela Corte estadual para, isoladamente, levar à conclusão de que o réu seria dedicado a atividades delituosas, deve ser aplicado, em seu favor, o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1809955/AL, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2022, DJe 16/03/2022.)

Além disso, a ausência de comprovação de atividade lícita não é fundamento idôneo para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AÇÃO PENAL EM CURSO, AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE LÍCITA, FLAGRANTE EM LOCAL CONHECIDO COMO PONTO DE NARCOTRAFICÂNCIA, FORMA DE ACONDICIONAMENTO, QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, POR SI SÓS, NÃO PERMITEM AFERIR A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na linha da jurisprudência desta Corte Superior, não é idôneo o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, apenas em razão dos seguintes elementos: (i) fato de o Agravado responder a outra ação penal pelo mesmo crime; (ii) flagrante em ponto de narcotraficância e forma de acondicionamento dos entorpecentes; (iii) ausência de comprovação de exercício de atividade lícita; e (iv) quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos.

2. Concluir que a Jurisdição ordinária não se valeu do melhor direito para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas não implica, na hipótese, reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, nas decisões proferidas, não foram consignados elementos suficientes para demonstrar que o Réu se dedicava às atividades criminosas ou

integrava organização criminosa.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 721.988/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2022, DJe 14/03/2022.)

Verifica-se, assim, a ocorrência de manifesta ilegalidade, devendo ser a pena redimensionada.

Mantida a pena fixada pelas instâncias de origem, na primeira e segunda etapas de dosimetria, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, deve ser aplicada a minorante do tráfico privilegiado no patamar de 1/4, tendo em vista que, mesmo como transportador, o paciente deixou-se cooptar pelo tráfico, resultando a pena em 3 anos e 9 meses de reclusão e 375 dias-multa, não havendo majorantes.

A condição de mula do tráfico, por si só, não afasta a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, podendo, contudo, autorizar a aplicação da minorante em 1/4, quando, mesmo como transportadores e premiados de necessidade, os acusados se deixaram cooptar pelo tráfico. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FRAÇÃO DA MINORANTE JUSTIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Deve ser mantida a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração de 1/4, porque foi fundamentada a escolha com apoio em argumento idôneo e específico dos autos, qual seja, o conhecimento do réu de estar a serviço de organização criminosa internacional.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1621994/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 04/06/2020).

Fixa-se o regime inicial semiaberto em razão da quantidade de droga apreendida, tratando-se de 256,7 kg de maconha (fl. 120), nos termos do art. 33, § 2º, do CP, mesma circunstância que demonstra não ser suficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

Ante o exposto, concedo liminarmente o ***habeas corpus*** apenas para redimensionar a pena do paciente para 3 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 375 dias-multa.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 21 de março de 2022.

OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

Relator