



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 689179 - PR (2021/0271019-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : JEFERSON MARTINS LEITE
ADVOGADO : JEFERSON MARTINS LEITE - PR049082
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : JONATHAN DE OLIVEIRA (PRESO)
CORRÉU : MARLENE FERNANDES DE SOUZA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE MUNIÇÕES. ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONTEXTO DA APREENSÃO REVELADOR DA PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO NA FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º, C.C. O ART. 59, TODOS DO CÓDIGO PENAL. CABÍVEL O REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de JONATHAN DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na Apelação Criminal n. 1.288.844-3.

Consta nos autos que o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão e 1 (um) ano de detenção, em regime inicial semiaberto, e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 12 da Lei n. 10.826/2003, em razão da apreensão de **132g de crack e 77g de cocaína, além de 2 munições intactas, calibre 38**.

Foi interposto recurso de apelação pela Defesa, o qual foi desprovido pelo Tribunal de origem.

Neste *writ*, o Impetrante alega que não houve fundamentação idônea para o afastamento da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas.

Sustenta que, quanto ao crime do art. 12 da Lei n. 10.826/2003, foram apreendidas apenas 2 munições, de forma que a conduta apresenta mínima ofensividade, devendo ser

aplicado o princípio da insignificância.

Requer a aplicação da referida minorante, no patamar máximo, e a absolvição do Paciente, do crime de posse de munição.

Foram prestadas informações às fls. 83-145.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 149-151, opinando pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório. Decido.

Quanto ao pleito de absolvição do crime de posse de munição, o Tribunal de origem afastou a pretensão defensiva nos seguintes termos (fl. 53; sem grifos no original):

"Outrossim, no tocante ao pedido de absolvição do delito do art. 12, da Lei 10.826/2003, formulado pelos apelantes. entendo que não merece prosperar,

*Primeiro, inexistem dúvidas de que **as duas munições encontradas estavam escondidas na casa dos acusados, consoante depoimentos supra transcritos, e que ambos sabiam que os projéteis estavam escondidos na mesma estante em que ocultaram parte da droga apreendida.***

E muito embora Jonathan tenha declarado ser o possuidor das munições, Marlene tinha ciência de que esses projéteis estavam guardados em sua residência. Ao permitir que lá permanecessem, passou, também, a deter a posse das duas munições, o que é suficiente para configurar o crime em análise.

Segundo, não há que falar que a conduta é atípica porquanto os crimes de posse ou porte de munição são de mera conduta ou de perigo abstrato e, portanto, prescindem de demonstração de prejuízo à sociedade. Em outras palavras, para a consumação dos delitos basta a prática de qualquer dos verbos descritos no art. 12, caput, da Lei nº 10.826/2003, pouco importando se houve também a apreensão da arma respectiva."

Não se olvida que há precedentes desta Corte Superior admitindo a aplicação do princípio da insignificância para afastar a tipicidade material nos casos em que há a apreensão de pequena quantidade de munição de uso permitido, desacompanhada de arma de fogo, consoante ilustra o seguinte julgado: AgRg no HC 669.451/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 25/08/2021.

Todavia, é necessário destacar esta Corte Superior de Justiça *"alinhou-se ao entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e passou a aplicar o princípio da insignificância em situações excepcionais, de posse de ínfima quantidade de munições e de ausência do artefato capaz de dispará-las, aliadas a elementos acidentais da ação que denotem a total inexistência de perigo à incolumidade pública"* (AgRg no AREsp 1.679.310/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 23/09/2020; sem grifos no original).

Portanto, não basta analisar, de forma isolada, a quantidade de munição apreendida, haja vista que as demais circunstâncias do caso concreto poderão indicar o afastamento de um dos vetores que atraem a incidência do princípio da insignificância. Isto é, o contexto fático poderá indicar que, a despeito da pequena quantidade de munição, a ação ostenta periculosidade social e por isso demanda a reprimenda penal.

No mesmo sentido, a Terceira Seção desta Corte, ao apreciar o EREsp n. 1.856.980/SC, **concluiu ser preciso analisar o contexto da apreensão e aplicar muito excepcionalmente** o princípio da insignificância na hipótese de posse de pequena quantidade de munição desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la (Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 30/09/2021).

No caso concreto, conforme destacado pelo Tribunal estadual, não é possível falar em inexpressividade jurídica da lesão causada ao bem jurídico ou em mínima reprovabilidade da conduta do agente, tendo em vista que as munições foram apreendidas em contexto de tráfico de drogas, o que evidencia a periculosidade social da ação e afasta a pleiteada aplicação do princípio da insignificância à espécie.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. APREENSÃO DA MUNIÇÃO EM CONTEXTO DE TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE ESTUPEFACIENTES QUE AFASTA A ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE, NA ESPÉCIE.

1. Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte Superior, é típica a conduta de possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, pois se trata de crime de perigo abstrato, cujo bem jurídico protegido é a incolumidade pública, situação bastante a afastar a exigência de resultado naturalístico.

2. "A Quinta Turma e a Sexta Turma dessa Corte Superior, a última, em algumas oportunidades, tem entendido que o simples fato de os cartuchos apreendidos estarem desacompanhados da respectiva arma de fogo não implica, por si só, a atipicidade da conduta, de maneira que as peculiaridades do caso concreto devem ser analisadas, a fim de se aferir: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (EREsp n. 1.856.980/SC, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/9/2021, DJe 30/9/2021)

3. In casu, conquanto o agravante possuísse apenas uma munição de calibre 12, desacompanhada de qualquer arma de fogo, o contexto em que se deu a apreensão do artefato não autoriza a incidência do princípio da insignificância, porquanto, na ocasião da apreensão, o agravante também praticava o tráfico de drogas, tanto que também foi condenado pelo crime. Sobreleva repisar que, na hipótese vertente, foram apreendidos 300g (trezentos gramas) de maconha (e-STJ fl. 81), montante esse que não pode ser considerado inexpressivo para o fim colimado.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.893.303/SE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/11/2021, DJe 26/11/2021, sem grifos no original.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO E TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO DO ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça aponta que os crimes

previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. Por esses motivos, via de regra, inaplicável, nos termos da jurisprudência desta Corte, o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição, sendo irrelevante inquirir a quantidade de munição apreendida.

2. Não obstante, vale lembrar, no ponto, que esta Corte acompanhou a nova diretriz jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que passou a admitir a incidência do princípio da insignificância na hipótese da posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento hábil a deflagrá-la. Saliente-se, contudo, que, para que exista, de fato, a possibilidade de incidência do princípio da insignificância, deve-se examinar o caso concreto, afastando-se o critério meramente matemático.

3. No caso em apreço, verifica-se que as duas munições de 9mm encontradas na borracharia do paciente, embora desacompanhadas de arma de fogo, foram apreendidas no contexto de flagrante e prisão do réu pelo crime de tráfico ilícito de drogas, sendo, portanto, descabida a flexibilização do entendimento consolidado desta Corte, já que não restam preenchidos os requisitos para o reconhecimento do princípio da insignificância, máxime o reduzido grau de reprovabilidade da conduta (STF, HC n. 84.412-0/SP, STF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19/11/2004).

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 554.858/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020, sem grifos no original.)

No que diz respeito à minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o acórdão impugnado, na parte que interessa, está calcado nas seguintes razões de decidir (fls. 72-73; sem grifos no original):

"Na terceira etapa, o MM. Juiz assim justificou a não concessão da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, para ambos os réus:

*Registre-se na seara da dosimetria da pena a impossibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, visto que **conforme depoimentos prestados pelos policiais militares e denúncias anônimas, há indícios suficientes que os acusados vinham exercendo a traficância de forma reiterada.** Conclui-se que vinham se dedicando regularmente às atividades criminosas ligadas ao tráfico de entorpecentes, fato que impede a aplicação da benesse legal. Além do mais, **os acusados também praticaram nesses autos crime do estatuto do desarmamento (posse irregular de munição), o que demonstra igualmente que vinham se dedicando a atividades criminosas diversas, além da traficância em si.***

*Também não se pode esquecer a diversidade e variedade de **drogas encontradas em poder dos acusados (crack e cocaína)**, o que também afasta a aplicação da minorante em questão. [...]*

A justificativa do il. Magistrado é pertinente, prescindindo de qualquer complementação, suficiente, portanto, para indeferir o pedido dos apelantes."

Ressalto que são condições para que o condenado faça jus à diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006: **ser primário, ter bons antecedentes e não se**

dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Como se vê, a aplicação da minorante foi negada pelas instâncias ordinárias com a justificativa de que o Paciente se dedicava a atividades criminosas, em razão de depoimentos de policiais militares, denúncias anônimas e a condenação, na própria ação penal, pelo crime de posse ilegal de munição.

Cumprе salientar, porém, que a Suprema Corte, em recentes precedentes, consignou 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 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 técnico-penais, 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 penológicos.

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." (Grifos diversos do original.)

Ademais, se a existência de ações penais sem trânsito em julgado não pode justificar a negativa da minorante, com mais razão, não é idôneo o afastamento do redutor ante a mera existência de notícias da prática da narcotraficância pelo Paciente – sem menção a registro de possíveis incursões pretéritas que tenham sido apuradas pela Autoridade Policial ou a respeito das quais se tenha produzido um mínimo de provas –, especialmente tratando-se de Acusado primário.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 3 G DE COCAÍNA, 14,5 G DE COCAÍNA, 7 G DE COCAÍNA, 20 PINOS DE COCAÍNA E 5 PINOS DE COCAÍNA. DOSIMETRIA. ALEGAÇÃO DE NÃO SER CABÍVEL A CAUSA DE DIMINUIÇÃO, EM FACE DE PROCEDIMENTOS INFRACIONAIS. DECISÃO MANTIDA. PRIMARIEDADE. RÉU SEM ANTECEDENTES. PENA-BASE NO PISO MÍNIMO. POUCA QUANTIDADE DE DROGAS.

1. A existência de procedimentos infracionais por tráfico de drogas e por ter sido abordado duas vezes no mesmo dia, sendo preso, após ser apontado em denúncias anônimas, não leva à conclusão de que o paciente se dedique a atividade criminosa, até porque a presente quantidade de drogas não é excessiva, o paciente é primário e sem antecedentes e a pena-base foi fixada no piso mínimo.

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC n. 671.690/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 27/09/2021; sem grifos no original.)

Além disso, cumpre salientar que 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.

Todavia, foi ressaltada 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.

Confira-se a ementa do referido julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA

FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA.

1. 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.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (em 9/6/2021), fixou as seguintes diretrizes para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

3 - podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. (grifos no original).

3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas - p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg - por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

4. **Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria.**

5. No julgamento do ARE 666.334/AM, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF, em análise da matéria reconhecida como de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência de que 'as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena'. O resultado do julgado foi assim proclamado:

Tese As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

Tema 712 - Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

6. **Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006,**

neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

7. *Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021).*

8. *Hipótese em que o Juiz de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que a expressiva quantidade de droga apreendida (147 quilos de maconha) não qualificaria o réu como pequeno e iniciante no comércio ilícito de entorpecentes. Contudo, o STF tem posicionamento firme de que 'A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006' (RHC 138117 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 6/4/2021).*

9. *Assim, verificado o atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/6, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343.2006 (expressiva quantidade de droga apreendida - 147 quilos de maconha).*

10. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 486 dias-multa." (HC n. 725.534/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2022, DJe 1.º/06/2022; sem grifos no original.)*

No entanto, no caso em análise, a quantidade de entorpecentes apreendidos em poder do Paciente (**132g de crack e 77g de cocaína**) não justifica qualquer modulação da minorante, pois não extrapola aquelas circunstâncias comuns ao delito de tráfico. Desse modo, o redutor deve incidir no grau máximo, pois não foram indicadas outras circunstâncias aptas a justificar a fixação de outra fração.

Com igual conclusão:

"[...]

2. *Alguns julgados, posteriores ao REsp 1.887.511/SP, têm admitido que o redutor máximo de 2/3 não se aplique aos casos nos quais seja expressiva a quantidade da droga apreendida, hipótese que aqui não se apresenta, por tratar-se de 540g de maconha e 33g de crack.*

3. *Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.959.836/SC, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (desembargador Convocado do TRF 1.ª Região), SEXTA TURMA, DJe 15/02/2022; sem grifos no original.)*

"[...]

3. *Contudo, na espécie, a quantidade de drogas apreendidas - 115g (cento e quinze gramas) de maconha, 43g (quarenta e três gramas) de cocaína e 17g (dezesete gramas) de 'crack' - não justifica a aplicação do redutor em fração inferior à máxima, notadamente por serem favoráveis ao acusado todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, além da inexistência de provas concretas, nos autos, que demonstrassem que ele se dedicava a atividades criminosas ou integrava organização dessa natureza.*

[...]" (AgRg no HC n. 542.542/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 03/11/2020; sem grifos no original.)

Fixadas essas premissas, passo a redimensionar as penas.

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

Na segunda fase, a despeito da atenuante da menoridade relativa, fica inalterada a

reprimenda, nos termos da Súmula n. 231/STJ.

Na terceira e última etapa, considerados os termos desta decisão, faço incidir o benefício previsto no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3 (dois terços), de modo que **as sanções ficam definitivamente fixadas em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal.**

Considerando o concurso material, ficam as penas em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, 1 (um) ano de detenção e 176 (cento e setenta e seis) dias-multa.**

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, considerando as circunstâncias apreciadas na formulação da nova dosimetria, tendo sido estabelecida pena reclusiva inferior a 4 (quatro) anos, 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.

Com relação ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, cumpre consignar que a Suprema Corte, nos autos do HC n. 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e, também, no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, resultando na edição da Resolução n. 05/2012 do Senado, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006.

A partir de tal orientação, e, diante da fundamentação já utilizada para fixar o regime inicial aberto, não se justifica o indeferimento do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NOCIDIDADE DE ENTORPECENTES QUE NÃO JUSTIFICAM O AUMENTO DA PENA-BASE. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

3. Considerando a sanção definitiva estabilizada em 1 ano e 8 meses de reclusão; a pena-base fixada no mínimo legal; a primariedade da paciente; e a ausência de elementos concretos indicados pelos magistrados estaduais que justificassem a execução mais severa da reprimenda, de rigor a fixação do regime inicial aberto e o deferimento do pedido de substituição da pena privativa de liberdade.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 574.551/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 09/06/2020; sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para, reformando a sentença e o acórdão impugnados, aplicar a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, e reduzir as penas do Paciente para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, 1 (um) ano de detenção e 176 (cento e setenta e seis) dias-multa**, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido, e, por conseguinte, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Comunique-se, com urgência, à Corte de origem e ao Magistrado de primeira instância.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de setembro de 2022.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora