



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 915475 - SP (2024/0183661-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : FELIPE CASSIMIRO MELO DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : FELIPE CASSIMIRO MELO DE OLIVEIRA - SP459119
MONALISE DE LIMA FONSECA - SP369183
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON WILLIAM DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JEFFERSON WILLIAM DA SILVA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 dias-multa.

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

Neste *writ*, a defesa alega, em suma, que o paciente faz jus ao redutor do tráfico privilegiado, uma vez que "há *bis in idem*, haja vista a repetição das vetoriais negativas da "quantidade", "natureza" e "diversidade" na 1ª e 3ª fase da dosimetria de pena." (e-STJ, fl. 4)

Requer seja reconhecida a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

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, assim, à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

O juiz sentenciante fixou a dosimetria da pena nos seguintes termos:

"Na primeira fase, tendo em vista os critérios norteadores da fixação das penas previstos no artigo 42 da Lei 11.343/06, e atenta aos critérios do art. 59 do Código Penal, observo que o réu não ostenta maus antecedentes (p. 50). Todavia, as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tendo em vista a quantidade, diversidade e natureza das drogas encontradas, quais sejam, **92 (noventa e dois) eppendorfs contendo cocaína, com peso bruto aproximado de 112g (cento e doze gramas); 12 (doze) frascos de lança perfume, com peso bruto de 514g (quinhentos e quatorze gramas); 43 (quarenta e três) porções de maconha, com peso bruto de 76g (setenta e seis gramas); 114 (cento e quatorze) pedras de crack, com peso bruto aproximado de 18g (dezoito gramas); 36 (trinta e seis)**

porções de “skunk”, com peso bruto de 36g (trinta e seis gramas); e 07 (sete) porções de “K2”, com peso bruto de 10g (dez gramas).

Ora, a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida, COCAÍNA, mais nociva à saúde e com maior potencial de levar o usuário à dependência deve ser levada em consideração na dosimetria da pena.

[...]

Assim, fixo a pena base em 1/6 acima do mínimo legal, em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

Na segunda, ausentes modificadoras, mantenho a pena aplicada.

Na terceira fase, deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tendo em vista que o réu não atende aos requisitos legais. Ora, a grande quantidade e natureza das drogas denotam que o réu fazia da atividade criminosa seu meio de vida, pois não é crível imaginar que traficantes iniciantes e eventuais tivessem em seu poder elevada quantidade de drogas, e de relevante valor econômico.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido reiteradamente que a apreensão de grande quantidade de entorpecente, como in casu, com o agente justifica o afastamento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. Eis alguns julgados do E. TJSP e da Corte Superior:

[...]

Ausentes outras modificadoras, torno a pena definitiva.

O valor do dia-multa será o piso legal, pois não há notícia de fortuna do réu.

Considerando a quantidade de pena imposta, as circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo o regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal.

Diante da quantidade de pena aplicada, incabível a concessão dos benefícios previstos no artigo 44 e seguintes do Código Penal.

Anoto que eventual detração penal deverá ser apreciada oportunamente pelo juízo da execução, competente para tanto.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a ação proposta pelo Ministério Público para CONDENAR JEFFERSON WILLIAM DA SILVA, qualificado nos autos, como incurso nas penas do artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, à pena privativa de liberdade de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 583 dias-multa." (e-STJ, fls. 19-21; sem grifos no original)

Por sua vez, o Tribunal de origem manteve afastado o redutor do tráfico privilegiado, sob os seguintes fundamentos:

"As bases sofreram aumento de 1/6, 5 anos, 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, em razão da quantidade, natureza e diversidade dos entorpecentes, o que se preserva, pois encontra eco na Lei de Drogas, art. 42.

Ausentes agravantes e atenuantes.

Na derradeira, sem causas de aumento, realmente, não era caso de incidência da minorante do art. 33, § 4º, cuja razão, como já assentou o STJ, é justamente punir com menos rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 (REsp 1341280/MG, Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 29/09/2014).

Nesse sentido: “a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06” (STJ, HC 202.617/AC, Ministro

ADILSON VIEIRA MACABU, DJe 20/6/2011).

Por isso, para a aplicação da redução são exigidos, além da primariedade e bons antecedentes, necessária comprovação de não integração a organização criminosa ou dedicação a atividades delituosas.

No caso, a despeito da primariedade, evidente o envolvimento em organização criminosa, porquanto, como já consignado, J.W.S. portava elevada quantidade de drogas de diversas naturezas, além de folhas de contabilidade da vil mercancia, demonstrando, obviamente, não se tratar de “pequeno traficante” ou de “primeira viagem”, lembrando-se que a mitigação não é direito subjetivo, além do que, dificilmente, de forma isolada e sem íntimo trânsito no ilícito, conseguisse tal volume.” (e-STJ, fl. 26; sem grifos no original)

De acordo com o disposto no § 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.

In casu, as instâncias ordinárias deixaram de reconhecer a minorante por entenderem que o fato de o paciente ter sido preso em flagrante com grande quantidade de drogas - **92 eppendorfs de cocaína (112g), 12 frascos de lança perfume (514g), 43 porções de maconha (76g), 114 pedras de crack (18g), 36 porções de “skunk” (36g) e 7 porções de “K2” (10g)** -, evidencia a sua dedicação a atividades criminosas.

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.

[...]

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 hão 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 ao redimensionamento da pena.

Mantém-se a pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão mais 583 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, reduzo a pena em 2/3, resultando definitiva em **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais 194 dias-multa.**

Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos e sendo desfavoráveis a análise das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza das drogas), o modo intermediário é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, "b", c/c art. 59 do CP.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A decisão agravada é clara ao reconhecer que, diante da análise desfavorável, na primeira fase da dosimetria da pena, da quantidade, da natureza e da diversidade de entorpecentes apreendidos - cerca de 10 g de crack, 26 g de cocaína e 62 g de maconha -, é cabível a imposição de regime mais gravoso. Todavia, como a reprimenda fixada ao réu é inferior a 4 anos de reclusão, o modo adequado é o semiaberto.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC 438.993/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/6/2018, DJe 15/6/2018)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE DROGA. MODO SEMIABERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Aplicada a sanção corporal no patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão e sendo favoráveis as demais circunstâncias ao paciente, o regime inicial semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, diante da valoração desfavorável da quantidade e da diversidade dos entorpecentes apreendidos, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, c.c o art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.

- A decisão agravada encontra-se alinhada à jurisprudência desta Corte, que permite a fixação do regime imediatamente mais gravoso do que a pena comporta com lastro na quantidade/nocividade das drogas que o caso envolve.

- Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC 406.339/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 16/10/2017)

Por fim, consigne-se que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito mostra-se insuficiente, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), especificamente a quantia das drogas (HC 390.554/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017).

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 do paciente para **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais 194 dias-multa.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 21 de maio de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator