



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 840463 - ES (2023/0257031-7)

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : RAONY FONSECA SCHEFFER PEREIRA  
**ADVOGADO** : RAONY FONSECA SCHEFFER PEREIRA - ES016585  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**PACIENTE** : MAIQUEL MOREIRA SOUZA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **MAIQUEL MOREIRA SOUZA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que negou provimento ao apelo e manteve a condenação do paciente à pena de 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 625 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Nesta Corte, a defesa alega que a apreensão da droga se deu mediante invasão de domicílio por parte dos policiais, que adentraram à residência sem autorização dos moradores, sem mandado judicial e sem fundadas razões.

Afirma que o paciente é mero usuário de crack, o que se evidencia pela quantidade de droga apreendida (4,7g de crack) razão pela qual requer a desclassificação da conduta para o disposto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Aduz, ainda, que o paciente preenche os requisitos legais para ser beneficiado com o tráfico privilegiado, não sendo possível a utilização de ações penais em curso para afastar a minorante.

Requer a declaração de nulidade das provas colhidas no contexto da invasão domiciliar. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta ou, ainda, a concessão da ordem para que a minorante seja aplicada em 2/3.

A liminar foi indeferida.

**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.

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

Na sentença constou:

"Com efeito, além da materialidade, a autoria também restou devidamente demonstrada, pois o tráfico de drogas se revela diante do depoimento em Juízo dos policiais que atuaram na prisão do réu, os quais informaram que avistaram Maiquel tentando se desfazer de parte do entorpecente apreendido, não prosperando o pleito absolutório da Defesa.

Tal conclusão acima é corroborada com os depoimentos dos agentes que atuaram no flagrante, os quais informaram que havia várias denúncias em relação ao tráfico promovido pelo acusado, diante da constante movimentação em sua residência, inclusive o patrulhamento, diante dessas informações, era mais intensificado nas proximidades da casa de Maiquel, pelo que vislumbro não ser a apreensão da droga de forma fortuita, tendo em vista que este fora avistado em atitude suspeita passando um objeto parecido com droga para um terceiro, motivando a abordagem policial.

No mais, as circunstâncias em que ocorreu a prisão em flagrante, inclusive com apreensão de parte da droga sendo fracionada (4,7 gramas de cocaína/"crack", conforme laudo definitivo de fl. 163), gilete e sacolas de chup-chup, não deixam dúvidas de que o entorpecente era destinado a mercância, não sendo razoável afirmar que a droga foi fracionada pela polícia, eis que sem qualquer respaldo probatório e fantasiosa suas alegações.

(...)

Quanto ao tráfico de drogas privilegiado, tipificado no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, verifico que o réu não faz jus à sua aplicação, eis que não preenche todos os requisitos exigidos para seu reconhecimento, pois percebo que o acusado responde a outro processo neste Juízo também por delito de tráfico de drogas, precisamente a demanda de nº 0002268-43.2019.8.08.0008, demonstrando sua habitualidade na prática de ilícitos penais, inclusive diante de várias informações de sua atuação na mercância de entorpecentes.

Por derradeiro, esclareço que a natureza da droga apreendida (cocaína/"crack", conforme Laudo de Exame Químico de fl. 163) será circunstância utilizada para a majoração da pena na primeira fase da dosimetria, em observância aos ditames do artigo 42 da Lei de Tóxicos.

Destarte, pelas razões expostas, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva do Ministério Público, para o fim de CONDENAR o acusado MAIQUEL MOREIRA SOUZA pela prática do delito tipificado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Em obediência ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI da Constituição Federal) e em atenção ao disposto no artigo 59 e seguintes do Código Penal Brasileiro e 42, da Lei 11.343/06, passo à análise das circunstâncias judiciais e legais para a aplicação da pena adequada ao caso concreto.

Quanto ao delito tipificado no artigo 33, da Lei 11.343/2006:

- a) verifico que a culpabilidade do réu é normal à espécie, nada tendo a se valorar;
- b) em consulta ao sítio do TJES, verifiquei que não há registro de maus antecedentes em face do acusado;
- c) a conduta social é favorável, considerando as boas referências indicadas pelas testemunhas de fl. 187 e 188.
- d) não veio aos autos qualquer informação suficiente acerca da personalidade do acusado, eis que depende de avaliação técnica específica;
- e) os motivos do crime já são próprios do tipo, qual seja, a obtenção de lucro fácil com a venda de drogas ilícitas;
- f) as circunstâncias lide são amplamente desfavoráveis, ante a natureza da droga apreendida (cocaína/"crack", conforme laudo definitivo de fls. 163/vº), sendo tal substância altamente lesiva à saúde humana (...);
- g) as consequências são desconhecidas, nada tendo a se valorar;
- h) não há que se falar em comportamento de vítima.

À vista de uma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena-base em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e 625 (seiscentos e vinte cinco) dias-multa, cada um no equivalente a um trigésimo do salário mínimo ao tempo do fato delituoso, em observância ao disposto pelo artigo 43, caput, da Lei nº 11.343/06.

Inexistem atenuantes e agravantes a serem observadas, ressaltando que o acusado

declarou em Juízo tratar-se somente de usuário de entorpecente.

Inexistem causas de diminuição, registrando que fora negada a concessão da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, conforme fundamentação lançada adrede.

Não há causas de aumento de pena a serem aplicadas, motivo pelo qual torno a sanção acima imposta em definitiva.

Verifico que o tempo da prisão cautelar do Réu não é suficiente para alterar o regime inicial de cumprimento de pena. Assim sendo, fulcrado no artigo 33, § 1º, "a", do Código Penal, determino que Maiquel Moreira Souza inicie o cumprimento de sua pena no REGIME SEMIABERTO."

O Tribunal Estadual manifestou-se nos seguintes termos:

"A tese recursal não merece prosperar.

É necessário pontuar que o apelante responde outra ação penal pelo crime de tráfico de entorpecentes, mais especificamente a ação de nº 0002268-43.2029.8.08.0008. Além disso, frisa-se que a natureza da droga tratada detém um potencial ofensivo enorme, o que não demanda grande quantidade para a ocorrência de maiores consequências.

Como se sabe, o artigo 42 da Lei de drogas determina que o julgador deve se atentar para a variedade, natureza e quantidade de entorpecentes para auferir a pena, como um parâmetro dosimétrico(...)

(...)

As circunstâncias nas quais parte das drogas foram encontradas militam contra o apelante, na medida em que evidenciam uma prática já avançada no tráfico e dedicação às atividades criminosas. As substâncias foram encontradas ao lado de materiais tipicamente utilizadas para a embalagem de tais drogas e ao lado de lâminas de barbear, também usualmente utilizadas para fracionar o montante do produto, além de R\$20,00 em espécie.

Vale lembrar que a intenção do legislador ao prescrever tal dispositivo, é amenizar a pena imposta aos traficantes eventuais, que pela primeira vez caíram no erro de traficar entorpecentes e ainda não estão inseridos nas atividades criminosas, o que propiciaria uma melhor recuperação e ressocialização do indivíduo. O caso em tela, todavia, não corresponde a esse cenário, haja vista as práticas comumente utilizadas por traficantes experientes; a natureza altamente ofensiva da droga; a razoável quantidade e o fato de o apelante estar respondendo por outra ação penal, também pelo crime de tráfico de entorpecentes.

Dessa forma, inviável a aplicação do benefício.

O segundo pleito defensivo diz respeito à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Tal alternativa também se torna impossível, já que, como o pedido anterior foi afastado, a pena imposta ao recorrente supera o máximo estipulado pelo artigo 44 do CP para a tratada substituição."

Inicialmente, convém ressaltar que as teses de invasão domiciliar e de desclassificação da conduta não foram objeto de exame no acórdão impugnado, o que impede seu conhecimento diretamente por esta Corte de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

Quanto à tese de desproporcionalidade no aumento da pena-base, assiste razão à defesa.

A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses

de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Na hipótese, observa-se que a pena-base foi majorada em 1 ano e 3 meses de reclusão, tendo como fundamento a natureza da droga apreendida (4,7g de crack). Todavia, sendo ínfima a quantidade de entorpecente e tendo em vista a análise favorável das demais circunstâncias judiciais, não se mostra adequado o aumento operado pela instância ordinária.

Em decisões similares, este Superior Tribunal de Justiça já procedeu ao redimensionamento da pena-base reconhecendo a desproporcionalidade no agravamento da pena.

Veja-se:

"[...] DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO DESPROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas. 2. Na espécie, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade dos estupefacientes apreendidos, encontra-se devidamente justificada, contudo, em quantum desproporcional, impondo-se o redimensionamento. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício tão-somente para redimensionar a pena-base imposta." (AgRg no AREsp 936.212/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 30/8/2017)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. AUMENTO DE 2/5. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 2. A viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de habeas corpus, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, desproporcionalidade no quantum ou erro na aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu. 3. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas foram os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aumentar a pena-base. Não obstante esse argumento se preste a exasperar a pena-base, o aumento não pode ser desarrazoado, há que se guardar proporcionalidade entre a quantidade e o quantum de aumento. No caso, pode-se dizer que a majoração da pena-base foi desproporcional. 4. Em relação ao regime, não obstante o redimensionamento da pena, esta continuou no patamar superior a 4 anos, com a pena-base arbitrada acima do mínimo legal, não havendo que se falar em outro regime senão o fechado, nos termos do art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal". 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente. (HC 377.445/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 27/3/2017).

Sob tal contexto, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal.

Do mesmo modo, merece acolhimento o pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado.

Segundo se infere, a instância antecedente manteve afastada a minorante por entender que o fato de o paciente responder a outro processo criminal denotaria sua habitualidade delitiva.

Todavia, ao contrário do afirmado, as circunstâncias do delito não revelam maior gravidade do fato, pois trata-se da apreensão de 4,7g de crack. Ademais, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou reiteradas vezes que inquéritos e processos em curso não devem ser aferidos em desfavor do agente na dosimetria da pena, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade. Logo, ausente prova suficiente da dedicação do agente em atividades criminosas, deve ser aplicado o tráfico privilegiado na fração de 2/3.

A seguir os julgados que respaldam esse entendimento:

REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. 1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação da reprimenda, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006. 2. Ainda que o crack tenha um alto poder de lesividade, a inexpressiva quantidade de tóxicos apreendidos, aliados à favorabilidade das outras circunstâncias judiciais, recomenda a aplicação da causa de diminuição em seu grau máximo, ou seja, 2/3 (dois terços). 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1044533/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054-RG/SC. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente.

II – A aplicação da causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

III- Agravo regimental a que se nega provimento."

(RE 1283996 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 02-12-2020 PUBLIC 03-12-2020).

#### Passo ao redimensionamento da pena.

A pena-base parte de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, permanece inalterada, ante a inexistência de atenuantes ou agravantes. Na última fase, aplica-se a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, resultando a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 167 dias-multa.

O regime prisional também deve ser alterado.

Estabelecida a pena definitiva em patamar inferior a 4 anos, 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.

Nesse sentido:

"*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, redimensionando a pena definitiva do paciente para **1 ano e 8 meses de reclusão e 167 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, 06 de setembro de 2023.

Ministro Ribeiro Dantas  
Relator