



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 907401 - SP (2024/0138196-2)

RELATOR : **MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)
IMPETRANTE : GUSTAVO HENRIQUE MORENO BARBOSA
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE MORENO BARBOSA - SP362200
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THOMAS MAYCON DA SILVA DOMINGUES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de THOMAS MAYCON DA SILVA DOMINGUES, no qual se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, nos autos da Apelação Criminal n. 1500476-75.2022.8.26.0621.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 (seiscentos) dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em virtude da apreensão de 74,17g de cocaína.

Em seguida, o Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação defensiva para reduzir as penas para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Neste *writ*, o impetrante sustenta que o acusado faz jus à incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

Requer a readequação da dosimetria.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 64/65).

É o relatório.

DECIDO.

No caso, o Tribunal local afastou a incidência do redutor, consignando (fls. 26/28; grifamos):

Passo a análise da dosimetria das penas e demais pleitos.

Na primeira fase, as penas foram fixadas em 1/5 acima do mínimo

legal (06 anos de reclusão e 600 dias-multa), isso porque "... as circunstâncias judiciais especiais e preponderantes não são neutras. Isso porque havia relevante quantidade de drogas com ele, é dizer, 180 porções de cocaína, o que para a pequena Comarca de Piquete representa elevado risco social, já que possui grande valor econômico (R\$ 1.800,00, o que supera substancialmente o salário mínimo, renda média da população piquetense) e pode atingir inúmeras pessoas. ... A cidade possui pouco mais de 13 mil habitantes e quantidade apreendida (74,17 gramas) demonstra o grau de lesividade da conduta do acusado, que, à evidência, já está inserido no meio ilícito de modo a possuir confiança de seus fornecedores para possuir tamanho volume de entorpecentes. ..." (fls. 287/288).

Deve ser consignado que a lei não impõe ao Juiz qual o acréscimo deve incidir nas penas em razão de circunstância judicial desfavorável, permitindo apenas o faça dentro dos limites mínimo e máximo cominados no preceito secundário da norma.

Imperioso que o Juízo atente para a circunstância e a necessidade do maior rigor, respeitando, sempre, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

No caso, considerando a quantidade da droga apreendida, entendo que até se justificaria o maior rigor na fixação das penas básicas, contudo, com tal fundamento será utilizado na terceira fase, a fim de se evitar bis in idem, necessário que as penas básicas sejam reduzidas ao mínimo legal (05 anos de reclusão e, 500 dias-multa), assim mantidas na segunda fase.

Busca o Apelante a incidência do redutor especial previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, que assim dispõe:

[...]

No caso, embora o Apelante seja primário, comporta maior rigor a reprovação de sua conduta **em razão de ter sido preso em flagrante delito em local conhecido como ponto de tráfico, além de ter sido apreendida razoável quantidade de cocaína, em uma cidade pequena, o que o diferencia de um traficante iniciante**, a demonstrar sua dedicação ao comércio espúrio, a inviabilizar a redução das penas. Mais, havia até mesmo notícia de que ele traficava naquele local onde surpreendido.

O regime fechado deve ser mantido, decorrendo das circunstâncias em que o crime foi cometido, sendo que o Apelante trazia consigo, droga que possui alto poder de destruição, em razoável quantidade, revelando perigosidade incomum.

Como se vê, a minorante foi afastada devido à quantidade de droga apreendida e ao fato de ter sido o réu surpreendido em local conhecido como ponto de comércio de entorpecentes.

No entanto, o fato de a droga ter sido apreendida em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes, isoladamente, não demonstra que o réu se dedica a atividade criminosa, sendo necessária a indicação de outras

circunstâncias fáticas idôneas a evidenciar tal circunstância.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PERCENTUAL MÁXIMO DE REDUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

2. No caso, os fundamentos apresentados pela instância de origem, baseados no fato de o tráfico haver sido perpetrado em local conhecido como ponto de venda não justifica o afastamento do tráfico privilegiado.

3. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

4. Na hipótese, por não ser exacerbada a quantidade de drogas, justifica-se fixar a fração da minorante no patamar máximo de 2/3.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 871.677/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/4/2024, DJe de 18/4/2024 - grifamos)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE EM RAZÃO DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PRISÃO EM LOCAL DOMINADO POR FACÇÃO CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS QUE INDIQUEM EVENTUAL DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS OU DE SER ELE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E AFASTAR A MINORANTE.

1. Nos termos da orientação jurisprudencial da Terceira Seção, reafirmada no julgamento do REsp 1.887.511, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, julgado na sessão de 9/6/2021, "O tráfico privilegiado é instituto criado par a beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual".

2. Para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso, além da quantidade de drogas, aliar elementos concretos

suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, não bastando ilações e/ou suposições sem espedeque fático válido.

3. O fato de o paciente ter sido preso em flagrante em região dominada por facção criminosa, por si só, não significa que integre a referida organização criminosa, sendo necessária a indicação de outras circunstâncias fáticas idôneas a evidenciar tal circunstância.

4. Considerada a quantidade da droga para fixar a pena-base acima do mínimo legal, a sua utilização para o afastamento da minorante constitui indevido bis in idem.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 730.386/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 16/9/2022 - grifamos)

Além disso, 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.

Na oportunidade, foi ressalvada 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 Riberio Dantas, Terceira Seção, DJe 1º/06/2022, grifamos)

No entanto, na hipótese, observa-se que a quantidade total de entorpecente apreendido (74,17g de cocaína) não justifica nenhuma modulação da minorante, pois não extrapola aquelas circunstâncias comuns ao delito de tráfico, de modo que o redutor deve incidir em sua fração máxima.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. QUANTIDADE DE DROGA. MINORANTE APLICADA NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. É evidente, portanto, que o benefício descrito no aludido dispositivo legal tem como destinatário o pequeno traficante, ou seja, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, e não os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida.

2. No caso, as instâncias de origem justificaram o afastamento da

causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tão somente com base em circunstâncias relativas à traficância em si. Todavia, tal fundamento é inidôneo à negativa da causa de diminuição referenciada, sobretudo quando se considera a não vultosa quantidade de drogas apreendidas, a qual não impede a incidência da minorante na sua fração máxima.

3. *Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 842.211/RJ, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 7/3/2024; Quantidade de droga apreendida: 361 g de maconha e 24 g de cocaína - grifamos)*

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE INSUFICIENTE PARA MODULAR O BENEFÍCIO. INCIDÊNCIA NA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3). AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. *A teor do 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.*

2. *A Terceira Seção, nos autos do HC n. 725.534/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 27/4/2022, DJe 1º/6/2022, reafirmou seu posicionamento anterior, conforme estabelecido 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.*

3. *Na hipótese, entretanto, embora a quantidade e a natureza não tenham sido sopesadas na primeira fase da dosimetria, o quantum apreendido - 354 porções de cocaína (283,2g) - não se mostra suficiente para justificar a modulação do benefício, sendo adequada ao caso a incidência na fração máxima, sobretudo diante da primariedade e dos bons antecedentes do agravado. Precedentes.*

4. *Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 812.253/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 16/6/2023 - grifamos)*

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PATAMAR DE REDUÇÃO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE EXPRESSIVIDADE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÁXIMO, DE 2/3 (DOIS TERÇOS). PENA REDIMENSIONADA. AGRAVO PROVIDO.

1. *Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida, embora não possam ser utilizadas, por si sós, para afastar a aplicação da causa de diminuição do art. 33, §*

4.º, da Lei n. 11.343/2006, podem ser valoradas para a modulação do redutor especial, caso não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

2. Não tendo sido apreendida na hipótese quantidade de substância ilícita que demonstre reprovabilidade superior àquela inerente ao delito de tráfico de drogas, e não tendo sido indicadas outras circunstâncias aptas a ensejar a modulação da minorante, deve incidir o redutor no grau máximo de 2/3 (dois terços).

3. Agravo regimental provido para, reformando o acórdão impugnado, aplicar a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas no patamar máximo, reduzindo as penas do Agravante para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta 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. (AgRg nos EDcl no HC n. 771.741/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 26/6/2023; Quantidade de droga apreendida: 96 porções de maconha, com peso líquido de 249,21 g e 54 porções de cocaína, com peso líquido de 29,28 g - grifamos)

Fixadas essas premissas, passo a redimensionar as penas da paciente.

Na primeira fase de aplicação da pena, mantenho a pena-base no mínimo legal: 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na segunda etapa, ausentes agravantes e atenuantes, permanece a pena intermediária inalterada.

Na terceira fase, considerados os termos desta decisão, faço incidir o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3 (dois terços), de modo que a reprimenda fica definitivamente estabelecida em **01 (um) ano e 08 (meses) de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo.**

Considerando as circunstâncias apreciadas na formulação da nova dosimetria, tendo sido estabelecida pena de reclusão inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o regime inicial de cumprimento de pena adequado é o **aberto**, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, bem como cabível a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* a fim de aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, redimensionando as penas da acusada para **01 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e**

sessenta e seis) dias-multa, 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 Juízo de primeira instância.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de julho de 2024.

Ministro OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(Desembargador Convocado do TJSP)
Relator