



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 757044 - SP (2022/0221360-6)

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : IGOR BERTOLI TUPY  
**ADVOGADO** : IGOR BERTOLI TUPY - SP243483  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOAO VICTOR ALVES DE SOUSA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de JOÃO VICTOR ALVES DE SOUSA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 1502105-34.2020.8.26.0628).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Isso, porque, segundo consta, o paciente foi apreendido em posse de 934g (novecentos e trinta e quatro gramas) de maconha, 273g (duzentos e setenta e três gramas) de cocaína e 61g (sessenta e um gramas) de *crack* (e-STJ fls. 14).

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 27):

*TRÁFICO DE DROGAS — Preliminar — Apelo em liberdade — Réu que permaneceu custodiado durante toda a instrução — Ausente alteração do panorama fático-processual que fundamentou a prisão preventiva, não há se falar em soltura neste momento — Mérito — Dosimetria — Penas básicas fixadas acima do patamar mínimo legal, tendo em vista a natureza altamente deletéria dos narcóticos apreendidos, dentre eles, o crack e a cocaína — Acolhido parcialmente o pedido de Miquéias, a fim de se determinar a compensação integral da agravante da reincidência específica com a atenuante da confissão espontânea — Impossibilidade de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas — Circunstâncias que evidenciam a dedicação habitual à narcotraficância — Corréu Miquéias que, ademais, é reincidente específico — Inafastabilidade da pena de multa — Manutenção do regime prisional fechado — Isenção de custas processuais — Dispensa do pagamento que deverá ser deliberada pelo Juízo das Execuções — Sentença reformada.*

**PRELIMINAR REJEITADA. DESPROVIDO O APELO DE JOÃO VICTOR E PARCIALMENTE PROVIDO O RECURSO DE MIQUEIAS.**

Daí o presente *writ*, no qual sustenta a defesa ilegalidade na dosimetria da pena, ao argumento de que seria aplicável à espécie a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Aduz que a quantidade de drogas foi utilizada como fundamento tanto para exasperação da pena-base quanto para justificar a não incidência da minorante do referido art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configurando-se, assim, *bis in idem* (e-STJ fl. 10).

Requer, no mérito, a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a alteração do regime estabelecido e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 3/13).

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 42/43).

Informações prestadas (e-STJ fls. 51/71).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 46/50).

É o relatório. **Decido.**

Preliminarmente, cumpre ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

Na espécie, o colegiado local assim se manifestou quanto à dosimetria da pena (e-STJ fls. 33/36):

***Em observância ao disposto no art. 42, caput, da Lei de Drogas, visto que, conforme narra a denúncia, "em revista pessoal, em poder de JOÃO VICTOR foi encontrada uma sacola plástica contendo 58 eppendorfs de cocaína, além de 20 porções de maconha e 31 pedras de crack" (fls. 111), estando o recorrente com com uma quantidade inferior de narcóticos se comparado ao corréu o Miquéias, mas, ainda, na posse de considerável parcela dos entorpecentes apreendidos, dentre eles, o crack, cujos efeitos são altamente destrutivos à saúde humana, a pena-base foi adequadamente estabelecida em 1/6 acima do patamar mínimo legal, em 5 anos e 10 meses de reclusão, e pagamento de 583 dias-multa.***

***Na segunda fase, presentes as circunstâncias atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, a pena retornou ao patamar mínimo legal, tornando-se definitiva em 5 anos de reclusão, e pagamento de 500 dias-multa.***

**Por derradeiro, tendo em vista a quantidade e variedade de narcóticos apreendidos em posse dos acusados, circunstância a indicar dedicação habitual às atividades delitivas, não era mesmo caso de reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º da Lei de Drogas.**

Como se não bastasse, os policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante dos acusados narraram que, ao serem abordados, João Victor informou que estava no local — já conhecido pelos milicianos por funcionar como ponto de tráfico — para realizar a venda direta das drogas aos usuários, enquanto Miquéias disse que lá estava para realizar o abastecimento dos narcóticos e o recolhimento dos lucros já obtidos (gravação audiovisual), restando sobejamente comprovado o profundo envolvimento de ambos na mercancia espúria.

No mais, como bem fundamentou o d. magistrado sentenciante:

*"(..) malgrado se trate de não reincidente, a gigantesca quantidade e diversidade de droga apreendida (1307 porções de drogas diferentes), faz presumir se cuidar de indivíduo dedicado a atividades criminosas habituais, em franca oposição ao "espírito" do redutor em comento, o qual veio a lume com o objetivo de estremar o pequeno traficante dos grandes barões da traficância.*

*Imperativo consignar que não há duplicidade em prejuízo do requerido. Com efeito, na primeira etapa do critério trifásico fora considerada exclusivamente a natureza de um dos entorpecentes; no terceiro momento, a causa de diminuição fora rechaçada exclusivamente em virtude da quantidade e diversidade de drogas.*

*Considerando que a qualidade e a quantidade de narcóticos configuram circunstâncias autônomas e independentes, não há reparo a fazer quando são manejadas em diferentes etapas da dosimetria penal (..)".*

[...]

**8. Impõe-se a manutenção do regime prisional fechado para início de cumprimento de pena.**

**Isso porque, além da natureza hedionda do delito (nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/2007), no caso concreto, justifica-se plenamente esse rigor. Miquéias é reincidente específico e João Victor, embora primário, foi flagrado juntamente com o corréu, em local conhecido como ponto de tráfico, na posse de expressiva quantidade e variedade de entorpecentes, consistentes em 420 porções de maconha, 568 invólucros de cocaína e 301 pedras de crack, circunstâncias que revelam habitualidade delitiva, justificando tratamento penal mais severo, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal. (Grifei.)**

Pois bem.

Minorante do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006

A Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1/7/2021), definiu 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.

Posteriormente, o referido colegiado aperfeiçoou o entendimento anteriormente exarado por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento segundo o qual a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria.

No caso, vimos, a natureza dos entorpecentes apreendidos justificou o aumento da pena-base em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Nessa linha, poder-se-ia cogitar que as circunstâncias de o paciente ter sido apreendido em conhecido ponto de tráfico de drogas seria suficiente para o afastamento da minorante do denominado tráfico privilegiado, sendo a menção à quantidade e natureza dos entorpecentes na terceira etapa do cálculo apenas um fundamento supletivo ao afastamento operado.

No entanto, tenho que os argumentos elencados pelas instâncias ordinárias, dissociados, na hipótese, de elementos concretos que pudessem ensejar a conclusão de que o acusado dedica-se a atividades criminosas, não são suficientes para afastar a minorante aqui pleiteada, notadamente em função de sua primariedade e bons antecedentes, fazendo ele jus à diminuição de pena, na terceira fase da dosimetria, na fração máxima de 2/3.

No mesmo sentido, cito o seguinte julgado:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E CORRUPÇÃO ATIVA. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA REDUTORA NA FRAÇÃO MÁXIMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. São condições para que o condenado faça jus à aplicação da causa de 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.*

*2. No caso, as instâncias ordinárias afastaram a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos, da prisão em flagrante em local apontado como ponto de tráfico e no fato de o réu não ter demonstrado o exercício de atividade lícita.*

*3. A quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, o afastamento da referida minorante, nos termos do entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 1.887.511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA.*

*4. A ausência de comprovação de ocupação lícita e o fato de o Agente estar em conhecido ponto de venda de drogas não permitem presumir a dedicação*

*do Paciente à atividade criminosa. Precedentes.*

*5. Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no HC n. 647.199/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022, grifei.)

Evidente, portando, o constrangimento ilegal.

Assim, é de rigor a aplicação da referida minorante em seu grau máximo de 2/3, o que reduz a pena a 1 ano e 8 meses de reclusão.

### **Regime inicial de cumprimento de pena**

Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Nesse tear, diante dos parâmetros acima e dada a quantidade de pena aplicada de 1 ano e 8 meses de reclusão, fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Isso, porque, embora a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, as instâncias de origem destacaram, em especial, a apreensão de aproximadamente 934g (novecentos e trinta e quatro gramas) de maconha, 273g (duzentos e setenta e três gramas) de cocaína e 61g (sessenta e um gramas) de *crack*, quantidades essas bastantes a atingir considerável número de usuários, justificando, assim, a necessidade de uma resposta penal mais efetiva, sendo necessária a fixação do regime intermediário.

No mesmo sentido, o seguinte julgado:

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. RECONSIDERAÇÃO. INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL DEVIDAMENTE IMPUGNADA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. MULA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. FRAÇÃO DE 1/6. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO. NECESSIDADE. AGRAVO PROVIDO.**

*1. Haja vista que os fundamentos da decisão de inadmissão do recurso especial foram devidamente impugnados, o agravo deve ser conhecido.*

*2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a condição de mula do tráfico, por si só, não afasta a incidência do art. 33, §*

4º, da Lei 11.343/2006, podendo, contudo, autorizar a aplicação da minorante em 1/6.

3. Tendo sido fixada a pena-base no mínimo legal, sem agravantes e atenuantes, a pena deve majorada em 1/6, em razão de o delito ter sido praticado dentro de transporte público, e reduzida em 1/6, pela aplicação da minorante do Tráfico privilegiado, reduzindo a reprimenda para 4 anos e 10 meses e 10 dias, além de 485 dias-multa.

4. Considerada a fundamentação concreta trazida pelo Tribunal de origem, referente à grande quantidade de droga apreendida - 1 kg de cocaína -, deve ser fixado o regime imediatamente mais gravoso, o fechado.

5. Não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista o quantum da pena aplicada, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

6. Agravo regimental provido para fixar a pena da recorrente DEBORA SILVA PINTO em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 485 dias-multa.

(AgRg no AREsp n. 1.711.745/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 20/11/2020, grifei.)

Por derradeiro, rememoro que, nos moldes da jurisprudência desta Corte Superior, a "*circunstância concreta relacionada à quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas, é motivação suficiente para impedir a substituição da pena privativa pelas restritivas de direitos*" (AgRg no AREsp n. 1.060.222/MG, relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/9/2017, DJe 20/9/2017).

À vista de tais pressupostos, **concedo parcialmente a ordem** para fixar em 2/3 a fração da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, assim, reduzir a reprimenda do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, bem como fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento de pena, nos termos acima delineados

Publique-se. Intimem-se

Brasília, 20 de junho de 2023.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator