



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 866521 - SC (2023/0400935-6)

**RELATOR** : MINISTRO RIBEIRO DANTAS  
**IMPETRANTE** : FELIPE FOLCHINI MACHADO  
**ADVOGADO** : FELIPE FOLCHINI MACHADO - SC064467  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PACIENTE** : BIANKA ROJAS FLORES (PRESO)  
**CORRÉU** : LIZETH YANELLY TELLO MATEO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **BIANKA ROJAS FLORES**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que deu provimento ao apelo defensivo, redimensionando a pena da paciente para 7 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 733 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Nesta Corte, a defesa alega, em suma, que a paciente preenche os requisitos legais para ser beneficiada com o tráfico privilegiado no patamar máximo, pois a quantidade de droga foi valorada na primeira fase da dosimetria da pena, incorrendo em *bis in idem*.

Requer, assim, a redução da pena, com o abrandamento do regime prisional e a consequente substituição por penas restritivas de direito.

#### 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.

O Tribunal de origem impôs a incidência da redutora em patamar mínimo nos termos do voto condutor abaixo transcrito:

"[...] Na terceira fase, pleitearam as apelantes a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Já restou afastado o argumento defensivo de *bis in idem* em relação à consideração da quantidade de droga apreendida para negar a aplicação da minorante. Contudo, cabe a concessão do benefício por razão diversa. Resgato da sentença que a negativa da benesse se fundou na interpretação do magistrado acerca da dedicação das recorrentes a atividades ilícitas, concluindo nesse sentido em razão da elevada quantidade de droga apreendida e da não comprovação de atividade laborativa lícita e habitual. De plano, quanto à não comprovação de atividade laborativa lícita, convém pontuar que nem mesmo eventual situação de desemprego autorizaria, de forma automática, a concluir pela dedicação a atividades criminosas. Assim, embora não tenham as recorrentes comprovado trabalho lícito

anterior ou presente, também não se evidenciou que estivessem desenvolvendo de forma habitual atividades ilícitas. Dessa forma, sendo as recorrentes primárias, de bons antecedentes e não havendo razões para acreditar que se dediquem a atividades ilícitas de forma perene ou que integrem organização criminosa, entendo cabível a aplicação da minorante, em patamar mínimo (1/6) devido às circunstâncias do delito. Isso porque as recorrentes transportaram 20,93kg de cocaína, armazenados em caixas envoltas em carpete idêntico ao assoalho do ônibus, para disfarçá-lo e evitar sua apreensão em caso de fiscalização no veículo (12.1) [...] (e-STJ, fls. 37-38).

De acordo com o § 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.

No caso, observa-se que as instâncias ordinárias fizeram incidir o redutor em patamar mínimo pela natureza e quantidade de drogas. Quanto ao tema, cabe destacar que a Terceira Seção, em recentíssima decisão, proferida nos autos do **HC n. 725.534/SP, de minha relatoria**, 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, *in verbis*:

"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, minha relatoria, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1/6/2022.)

Portanto, embora os vetores do art. 42 da Lei de Drogas, isoladamente, não sejam suficientes para afastar a redutora do tráfico privilegiado, conforme posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e mais recentemente por este Tribunal Superior, constituem elementos idôneos para modular a referida causa de diminuição, quando não valoradas na primeira etapa da dosimetria, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

Desta forma, considerando a grande quantidade de droga apreendida em poder da paciente (20,93kg de cocaína), valorada, contudo, na primeira fase da dosimetria, aplicável a minorante no patamar de 2/3, sob pena de *bis in idem*.

Passo ao redimensionamento da pena.

A pena-base parte do mínimo legal de 8 anos de reclusão, mais 800 dias-multa, pela

natureza e quantidade da droga apreendida. Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea, pela qual reduzo a pena em 1/12, fixando-a em 7 anos e 4 meses de reclusão. Na última etapa, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a fim de evitar *bis in idem*, diminuo-a em 2/3, mas a aumento em 1/6 em razão majorante do art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06, resultando definitiva em 2 anos, 10 meses e 6 dias de reclusão. Reajusto, proporcionalmente, a pena de multa para 285 dias-multa.

O regime inicial semiaberto fica estabelecido, ante a presença de circunstância judicial desfavorável (natureza e quantidade de droga), nos termos do art. 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal.

Inaplicável, ainda, a substituição por duas penas restritivas de direito, à míngua dos requisitos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

*Ex vi* do art. 580 do CPP, estendo à corré LIZETH YANELLY TELLO MATEO os efeitos da presente decisão por estar em idêntica situação fático processual da paciente.

Passo à dosimetria de sua pena.

A pena-base parte do mínimo legal de 8 anos de reclusão, mais 800 dias-multa, pela natureza e quantidade da droga apreendida. Na segunda fase, presente as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, pela qual reduzo a pena em 1/4, fixando-a em 6 anos de reclusão. Na última etapa, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a fim de evitar *bis in idem*, diminuo-a em 2/3, mas a aumento em 1/6 em razão majorante do art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06, resultando definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão. Reajusto, proporcionalmente, a pena de multa para 233 dias-multa.

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 patamar de 2/3, redimensionando a pena da paciente para 2 anos, 10 meses e 6 dias de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 285 dias-multa, estendendo a presente decisão à corré LIZETH YANELLY TELLO MATEO, estabelecendo sua pena em 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 233 dias-multa.

Comunique-se, **com urgência**, ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, bem como à 1ª Vara Criminal da Comarca de Chapecó/SC.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de novembro de 2023.

Ministro Ribeiro Dantas  
Relator