



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 867097 - SP (2023/0402358-9)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : JOAO ALVES DA CRUZ
ADVOGADO : JOÃO ALVES DA CRUZ - PR023061
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARLON CANDIDO DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de MARLON CANDIDO DA SILVA apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal n. 1500481-17.2022.8.26.0583).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, pelo delito de tráfico de drogas, à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 291 dias-multa.

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuseram apelação. Eis a ementa do julgado (e-STJ fl. 56):

Tráfico interestadual de drogas - Autoria e materialidade delitivas não questionadas - Condenação imposta pela origem - Pleito ministerial voltado ao recrudescimento da pena - Insurgência defensiva voltada à aplicação do redutor em grau máximo - Pena reajustada - Apreensão de mais de 01 (uma) tonelada de maconha - Pleito ministerial de reajuste da basal que configuraria 'bis in idem' - Quantidade de droga considerada apenas para negar o privilégio - Regime fechado que melhor se ajusta ao início do cumprimento - Inviabilidade de substituição por penas alternativas - Recurso defensivo desprovido, acolhendo-se, em parte, o apelo ministerial.

Neste *writ*, aduz a defesa que "a exclusão da causa especial de diminuição de pena prevista no par. 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, somente se justifica quando indicados expressamente os fatos concretos que comprovem que o agente dedica às atividades ilícitas. Não pode o julgador se basear, tão somente, na mera quantidade de drogas, bem como em elementos ínsitos ao tipo penal, como fez as instâncias ordinárias" (e-STJ fl. 11).

Requer, inclusive liminarmente, seja reconhecida "a causa de diminuição da

pena prevista no §4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 (tráfico privilegiado), afastando a hediondez do tráfico de drogas em comento, abrandando a reprimenda corporal e o regime prisional para início de cumprimento de pena" (e-STJ fl. 24).

O pedido liminar foi indeferido.

Informações prestadas.

Opinou o órgão ministerial pela denegação da ordem.

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.

No ponto, o Tribunal *a quo* assentou que (e-STJ fls. 58/59):

Na primeira etapa, o pleito ministerial não merece vingar. Com efeito, a despeito da expressiva quantidade de narcóticos apreendidos, tal circunstância será considerada na terceira fase do cálculo, sob pena da ocorrência de inadmissível bis in idem.

[...]

Na derradeira etapa, em virtude da causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei de Drogas, a pena sofreu acréscimo de 1/6 (um sexto), a resultar em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias- multa.

E descabe, no caso, a aplicação do redutor de que cuida o artigo 33, § 4º, do mesmo diploma legislativo, como perseguido pelo Parquet.

A intenção do legislador, à evidência, não foi favorecer os traficantes de alto coturno, mas os fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis aos traficantes de drogas que integram esquema criminoso para disseminação de narcóticos. Tanto, aliás, que o dispositivo contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente "não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Assim, a lei atual trouxe tratamento diferenciado, pois o redutor se dirige a quem comete uma das condutas puníveis constantes do caput ou do § 1º do artigo 33 sem adotar o comércio proibido como "profissão" ou meio de vida.

No caso concreto, a atuação do recorrente, da maneira como posta, com expressão incontestada e nítido intuito lucrativo desautoriza, sem dúvida, a aplicação da causa de diminuição, sobretudo diante dos veementes indícios de que exercia a traficância profissionalmente ilação que deflui da exorbitante quantidade de narcóticos apreendidos (quase duas toneladas de maconha peso líquido de 1.893,42kg, cf. boletim de ocorrência e fotografia de fls. 15), destinada somente àqueles que sejam capazes de lhes dar vasão e que possuam condições imediatas para tanto.

Da leitura dos trechos precedentes, constata-se que o Tribunal de origem negou a minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, considerando principalmente a quantidade de droga.

Todavia, 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 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza não 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.

Definiu-se, na ocasião, que "*[a] utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa*".

Além disso, faz-se necessário asseverar que, 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 de que 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 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenham sido utilizadas na primeira fase da dosimetria, como na hipótese.

Assim, faz jus o recorrente à incidência da minorante aqui pleiteada, porém na fração de 1/6, patamar adequado e proporcional à espécie, em vista da quantidade do entorpecente apreendido – 1.893,42kg (uma tonelada, oitocentos e noventa e três gramas e quarenta centigramas) de maconha.

Redimensiono a pena.

A pena-base ficou no mínimo legal de 5 anos de reclusão.

Na segunda etapa, não se altera.

No terceiro estágio, aplico a minorante do tráfico privilegiado e a causa de aumento do art. 40, V, da Lei de Drogas, ambas em 1/6, e fixo, em definitivo, a reprimenda em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão.

Quanto ao regime, considerando o *quantum* total da condenação e a grande quantidade de drogas, adequada a modalidade fechada.

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem**, nos termos ora

delineados.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de novembro de 2023.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator