



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 832744 - SP (2023/0213007-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **ADRIANO PROCOPIO DE SOUZA**
ADVOGADO : **ADRIANO PROCÓPIO DE SOUZA - SP188301**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **BRUNO CHRYSTIAN LEIVA SOUZA (PRESO)**
CORRÉU : **TIAGO BORGES**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **BRUNO CHRYSTIAN LEIVA SOUZA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao apelo ministerial e recrudesceu a pena do paciente para 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Nesta Corte, a defesa alega, em suma, que o paciente preenche os requisitos legais para ser beneficiado com o tráfico privilegiado.

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 o afastamento da redutora nos termos do voto condutor abaixo transcrito:

"[...] Na derradeira fase da dosimetria, assiste razão ao Ministério Público e, nesse sentido, deve-se afastar por completo a aplicação do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, e tornar definitivas as penas de 05 (cinco) anos de reclusão e de pagamento de quinhentos(500) dias-multa, pois, como já anunciado, a despeito da primariedade dos agentes, a quantidade e a diversidade de drogas encontradas impedem a redução da reprimenda. Segundo consta, foram encontrados quinhentos e vinte e seis(526) invólucros contendo crack, com peso líquido de quinhentos e sessenta e cinco gramas e trinta e seis decigramas (565,36g),trezentas e cinquenta e cinco (355) porções de cocaína, com peso líquido de duzentos e treze gramas e setenta e cinco decigramas(213,75g), e trezentas e noventa e oito (398) porções de maconha, com peso líquido de um mil e quarenta e três gramas e cinquenta e nove decigramas(1.043,59g), tudo embalado em porções individualizadas, totalizando assim os já mencionados 1.822,70gramas de drogas ilícitas, o que já denota

envolvimento criminoso mais preocupante dos acusados a justificar— no reiterado entender desta 2ª Câmara Criminal, sempre com os olhos voltados à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça— o indeferimento completo da assistência do redutor legal específico disposto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06. Ora, duas pessoas que se dispõem à traficância de quase dois quilos das três espécies mais frequentes de drogas encontradas no Brasil certamente não podem invocar a qualidade de pequenos praticantes desse ilícito, senão de pessoas mais seriamente comprometidas com o mundo do crime. " (e-STJ, fls. 16-17).

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 integrem organizações criminosas.

No caso, observa-se que as instâncias ordinárias concluíram pela dedicação às atividades criminosas com base apenas na quantidade de drogas apreendida, a evidenciar a dedicação à atividade criminosa. Contudo, cediço que, isoladamente, a quantidade de drogas não é fundamento idôneo para o afastamento da minorante do crime de tráfico.

Quanto ao tema, cabe destacar que a Terceira Seção, em 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, reduz 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 a 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 quantidade de droga apreendida em poder do paciente (1kg de maconha, 565g de crack e 213g de cocaína), aplicável a minorante apenas no patamar de 1/6.

Passo ao redimensionamento da pena.

A pena-base parte do mínimo legal de 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa. Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade relativa, a qual não incidirá por força do Enunciado n. 231, da Súmula do STJ. Na última etapa, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, diminuo-a em 1/6, resultando definitiva em 4 anos e 2 meses de reclusão. Reajusto, proporcionalmente, a pena de multa para 417 dias-multa.

O regime inicial semiaberto fica estabelecido, ante à primariedade e a presença de circunstâncias judiciais favoráveis, nos termos do art. 33, § 2º, *b* e § 3º, do Código Penal.

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

Ex vi do art. 580 do CPP, estendo a presente decisão ao corréu TIAGO BORGES, pela idêntica situação fático-processual com a do paciente.

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. 11.343/06 no patamar de 1/6, redimensionando a pena do paciente para 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 417 dias-multa, estendendo a presente decisão, por força do art. 580 do CPP ao corréu TIAGO BORGES.

Comunique-se, **com urgência**, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como à 1ª Vara Criminal da Comarca de Marília/SP.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 21 de junho de 2023.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator