



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 913210 - SP (2024/0171552-9)

**RELATOR** : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : RICARDO LOURENCO DIAS FERRO - DEFENSOR PÚBLICO - SP232689  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : LUCAS MOISES BUENO DA SILVA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCAS MOISES BUENO DA SILVA contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, cuja ementa teve o seguinte teor (fl. 210):

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas privilegiado. Sentença condenatória. Recurso da acusação. Insurgência tão somente em relação às penas e ao regime cumprimento. Acolhimento. Mantida a exasperação operada na primeira fase, ante à quantidade de drogas apreendida. Ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes. Na derradeira etapa, a incidência do §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 deve ser afastada. O ora recorrido dedica-se às atividades criminosas, pois responde a outro processo pelo cometimento de crime de tráfico de drogas e com ele foi apreendido mais de 1kg apenas da droga popularmente conhecida como “maconha”. Regime fechado para início de cumprimento da pena que se justifica, em razão da circunstância judicial desfavorável valorada na primeira fase. Não preenchidos os requisitos dos artigos 44 e 77 do Código Penal. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e a pagar 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no valor unitário mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, uma consistente em prestação de serviços à comunidade e, outra, em prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário-mínimo, tendo-o como incurso no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. O Tribunal de origem deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, para afastar a incidência do redutor do artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/2006 e majorar as penas aplicadas para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado,

além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo previsto em lei.

Sustenta a impetrante, em síntese, "não agiu acertadamente o Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo ao afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas fundando-se na quantidade de droga, que indicariam dedicação habitual a prática de crimes e empregando esse mesmo fundamento para exasperar a pena-base do paciente, bem como na existência de processo em andamento. O regime fechado foi fixado com base na gravidade em abstrato do crime e quantidade de drogas" (fl. 4).

Requer, liminarmente e no mérito, que seja aplicada a causa de diminuição de pena inserta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, com a consequente redução da pena do paciente no máximo permitido em lei, bem como a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferida, a autoridade coatora prestou as informações, e o parecer do Ministério Público foi pela concessão da ordem, a fim de reconhecer o direito do paciente à aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, analisando também, com a devida motivação, a possibilidade de conversão da pena em restritiva de direitos e o regime inicial adequado à nova pena fixada.

É o relatório.

Decido.

O Juiz de primeiro grau aplicou a causa especial de redução da pena pelos seguintes fundamentos (fls. 150-151):

[...]

**O réu não possui antecedentes criminais (fls. 62/63).**

Contudo, detinha grande quantidade de maconha (mais de um quilo).

Na forma do artigo 42 da Lei n. 11343/2006, eleva-se a pena base na proporção de um sexto, resultando em cinco anos e dez meses de reclusão, mais quinhentos e oitenta e três dias-multa.

Deve ser aplicado o privilégio previsto no § 4o do art. 33 da Lei Antidrogas.

**Destaque-se que a quantidade de droga apreendida, embora razoável, não era de tal modo elevada, a ponto de permitir conclusão no sentido de que o réu se dedicava a atividade criminosa ou era integrante de organização criminosa.**

**Outrossim, não há nos autos elementos de convicção outros, a indicar dedicação a atividade criminosa ou integração a organização criminosa.**

**Reduz-se a pena, pois, na proporção de dois terços, resultando em um ano, onze meses e dez dias de reclusão, mais cento e noventa e quatro dias-multa.**

Não havendo outras modificadoras, tais penas são as definitivas.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena para o tráfico, deve-se ponderar que, no julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/06/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado

para os condenados pela prática de crimes hediondos e outros a eles equiparados (os dados são do HC n. 312.654-SP, STJ, rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 12/02/2015).

Ainda, no julgamento do Habeas Corpus nº 137458/SP, o Ministro Gilmar Mendes assim dissertou:

[...]

Assim, ausente a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado, cabe analisar as circunstâncias do caso concreto, a fim de se definir o regime no qual o acusado começará a cumprir a sanção.

No caso, o réu não registra qualquer antecedente criminal.

Embora ele portasse e tivesse em depósito pouco mais de um quilo de droga, não se deve perder de vista que a quase totalidade dizia respeito a maconha, entorpecente cuja espécie não é tão prejudicial à saúde humana e à sociedade como um todo tal qual drogas de outras naturezas (por exemplo, cocaína, crack).

Pondere-se, ainda, não estar descartado que não apenas o acusado se dirigia ao local de armazenamento da maconha (terreno baldio situado na Avenida Lúcio Luciano, onde guardados 184 porções com peso de 1032 gramas).

É razoável considerar que outros responsáveis pelas vendas no varejo também se abasteciam naquele imóvel, que abrigava droga pertencente a traficante de mais alto escalão e contratante dos primeiros.

Entende-se cabível, pois, a fixação do regime inicial aberto.

Pelas mesmas razões, entende-se também cabível a substituição da pena corporal por alternativas.

O Juiz de primeiro grau aplicou o redutor do tráfico privilegiado, porque não há nos autos elementos de convicção outros, a indicar dedicação a atividade criminosa ou integração a organização criminosa. Entretanto, o Tribunal estadual reformou a sentença, nesse ponto, nos seguintes termos (fls. 213-214):

[...]

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem valoradas.

Na derradeira etapa, assiste razão à acusação quanto ao pleito de afastamento de incidência da causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006.

**É dos autos dedicar-se Lucas Moisés às atividades criminosas, pois está sendo processado também pelo delito de tráfico de drogas nos autos de nº 1500943-04.2023.8.26.0594, que tramitam perante a 4ª Vara Criminal da comarca de Bauru fls. 98.**

Embora ainda não haja sentença naqueles autos, o mero fato de o recorrido ter sido denunciado também pela prática do tráfico de drogas mais de uma vez, já denota fazer desta mercancia ilícita o seu meio de vida.

Como se não bastasse, **a elevada quantidade de drogas que trazia consigo e tinha em depósito e que resultou nesta condenação pelo crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 revela que Lucas Moisés não é traficante esporádico e iniciante.**

Foram apreendidas com ele 55 (cinquenta e cinco) porções de cocaína, totalizando 18,75g, e mais de um quilo de Tetrahydrocannabinol (THC), princípio ativo da droga popularmente conhecida como “maconha”.

É evidente não ser confiada tal quantidade de droga a pessoa que não esteja profundamente embrenhada na criminalidade.

Conforme bem constou o parecer de fls. 367/369:

[...]

Portanto, as penas devem ser mantidas em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo previsto em lei.

Apesar de o réu ser tecnicamente primário e não ostentar maus antecedentes, o regime

inicial fechado é o mais adequado para cumprimento da pena de reclusão, pois foi valorada negativamente uma circunstância judicial na primeira fase do cálculo das sanções penais (artigo 33, §3º, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada torna inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas privativas de direitos e a concessão de sursis penal (artigos 44 e 77 do Código Penal).

Posto isso, dou provimento ao recurso ministerial para reformar a r. sentença, afastar a incidência do redutor do artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/2006 e majorar as penas aplicadas ao ora apelado para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo previsto em lei, tendo-o como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

O Tribunal de origem entendeu que o paciente não faz jus ao redutor da pena previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, porque se dedica às atividades criminosas, pois está sendo processado também pelo delito de tráfico de drogas nos autos de nº 1500943-04.2023.8.26.0594, que tramitam perante a 4ª Vara Criminal da comarca de Bauru. Ainda destaca a elevada quantidade de drogas que trazia consigo e tinha em depósito e que resultou nesta condenação pelo crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

O entendimento do Tribunal estadual contraria a jurisprudência desta Corte Superior, firmada em julgamento de recurso especial repetitivo, expressa na seguinte tese: "**É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06**" (Tema Repetitivo 1139 - REsp n. 1.977.180/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022).

Em relação a quantidade de droga, ela já foi considerada para majora a pena base, e, ainda que não fosse, ela por si só não é indicativo de reiteração delitiva, conforme jurisprudência desta Corte Superior. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONTEXTO DO DELITO DE TRÁFICO. ABSORÇÃO EM DETRIMENTO DO CONCURSO MATERIAL. MINORANTE,. AFASTAMENTO. QUANTIDADE DE DROGA. ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Entende esta Corte que, se, no momento da apreensão, a arma estiver sendo usada como parte do processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar a prática do tráfico, correta a aplicação da majorante do art. 40, IV, da Lei de drogas, com a absorção do crime de porte ou posse ilegal de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material. Nesse sentido, AgRg no REsp n. 2.074.584/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 12/3/2024, DJe de 18/3/2024.

2. A Terceira Seção, no julgamento do HC n. 725.534/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, realizado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022, reafirmou seu posicionamento, conforme estabelecido no ARE 666.334/AM, do Supremo Tribunal Federal, 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 consideradas na primeira fase do cálculo da pena, o que

configuraria o indevido bis in idem.

3. **Tendo sido a quantidade da droga utilizada para exasperar a pena-base, necessário o reconhecimento da incidência da causa do tráfico privilegiado, em observância ao decidido no ARE n. 666.334/AM, julgado pelo STF sob o regime da repercussão geral, em que se firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, ou seja, tal valoração só pode ser considerada na primeira ou na terceira fases do cálculo da pena.**

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.553.500/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/6/2024, DJe de 10/6/2024.) [g.n.]

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS BASEADA NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO E AUSÊNCIA DE OCUPAÇÃO LÍCITA. PACIENTE PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTO INIDÔNEO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, para restabelecer a sentença que aplicou o redutor do tráfico privilegiado.

2. Como é cediço, a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

3. Esta Corte vem se manifestando no sentido de que isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado (AgRg no REsp n. 1.687.969/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/3/2018).

3. No caso dos autos, não houve a aplicação da redutora em razão da quantidade de entorpecentes, do local onde ocorreu a prisão e pelo fato de o paciente não possuir ocupação lícita.

4. **A quantidade de droga apreendida (63 g de cocaína), bem como argumentos genéricos sobre o local em que ocorreu a prisão do acusado, sem quaisquer elementos concretos para demonstrar a reiteração criminosa não se prestam para justificar o afastamento da minorante, sobretudo por tratar de acusado primário e sem maus antecedentes. Essas circunstâncias isoladas e dissociadas de outros elementos, apenas evidenciam o crime de tráfico, e não possuem aptidão para se concluir que ele vinha se dedicando à traficância com habitualidade, ou mesmo, que integrava uma organização criminosa.**

5. Ademais, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a ausência de ocupação lícita também é fundamento insuficiente para levar a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas. Dessa forma, de rigor a aplicação da redutora.

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 771.322/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.) [...]

Como consta no parecer do Ministério Público, "consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a

conduta social do agente" (fl. 259), e "o Tribunal utilizou o mesmo argumento para afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, o que caracteriza bis in idem segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça" (fl. 259). Cita-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INATACADOS. NÃO OBSERVÂNCIA DO COMANDO INSERTO NA SÚMULA 182/STJ. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. PENA-BASE FIXADA MUITO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL PREVISTO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. PREPONDERÂNCIA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. FUNDAMENTO UTILIZADO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Compete ao recorrente, nas razões do agravo, infirmar especificamente todos os fundamentos expostos na decisão que inadmitiu o recurso especial. Correta a incidência da Súmula 182/STJ à hipótese dos autos.

2. Conquanto, nos casos de tráfico de drogas, inexista ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal, quando demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade ou da natureza da substância apreendida, nos termos do artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, a fixação da pena-base muito acima do seu mínimo legal previsto, sem justificativa idônea para o exacerbado acréscimo, ofende o princípio da individualização da pena.

3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena.

4. Na espécie, **as instâncias ordinárias utilizaram a quantidade da droga apreendida para, a um só tempo, elevar a pena-base muito acima do mínimo legal e afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, o que configura bis in idem e caracteriza o constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.**

5. Agravo regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício. (AgRg no AREsp 885085 / ES. Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Órgão Julgador SEXTA TURMA. Data do Julgamento 14/06/2016 Data da Publicação/Fonte DJe 27/06/2016) [g.n.]

Portanto, é flagrante o desrespeito pelo Tribunal de origem da jurisprudência desta Corte Superior.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus*, para cassar o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), a fim de reconhecer o direito do paciente à aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, restabelecendo a sentença que aplicou pena final de "um ano, onze meses e dez dias de reclusão, em regime inicial aberto, e a pagar cento e noventa e quatro dias-multa, calculado o valor do dia multa no piso mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, uma consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da pena aplicada, e outra, em prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo, em favor de entidade pública ou privada com destinação social, a ser definida em

execução" (fl. 152).

Por fim, advirto ao Tribunal estadual que os citados precedentes qualificados e jurisprudência do STJ - principalmente o Tema 1139 - estão sendo descumpridos por aquela corte, o que prejudica a prestação jurisdicional, que deve ser justa e igual para todos os jurisdicionados.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2024.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)  
Relator