

**HABEAS CORPUS Nº 725.534 - SP (2022/0051301-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : JESSIKA ALVES ANTUNES FONTES  
**ADVOGADO** : JESSIKA ALVES ANTUNES FONTES - GO059305  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOAO ROBERTO PEREIRA ALIBERTI (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**EMENTA**

*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

# Superior Tribunal de Justiça

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.

## **ACÓRDÃO**

# *Superior Tribunal de Justiça*

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do habeas corpus, concedendo a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/6, redimensionando a pena do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, portanto no regime inicial semiaberto, mais pagamento de 486 dias-multa nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram vencidos os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e João Otávio de Noronha.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schiatti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 27 de abril de 2022 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS  
Relator

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 725.534 - SP (2022/0051301-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : JESSIKA ALVES ANTUNES FONTES  
**ADVOGADO** : JESSIKA ALVES ANTUNES FONTES - GO059305  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOAO ROBERTO PEREIRA ALIBERTI (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

## RELATÓRIO

### O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **JOÃO ROBERTO PEREIRA ALIBERTI**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 dias-multa.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa.

Nesta Corte, o impetrante alega, em suma, ausência de motivação válida para o afastamento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Afirma que "o réu era um traficante eventual, pois era primário e possuidor de bons antecedentes e não foi apreendido nenhum outro apetrecho destinado à traficância, a não ser a substância entorpecente".

Requer o reconhecimento do tráfico privilegiado.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 58-60).

**É o relatório.**

**HABEAS CORPUS Nº 725.534 - SP (2022/0051301-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : JESSIKA ALVES ANTUNES FONTES  
**ADVOGADO** : JESSIKA ALVES ANTUNES FONTES - GO059305  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOAO ROBERTO PEREIRA ALIBERTI (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**EMENTA**

*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

# Superior Tribunal de Justiça

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.

VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):**

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.

Segundo se infere dos autos, o paciente foi condenado pelo delito de tráfico de drogas à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, porque, em 10/12/2013, transportava **147 quilos de maconha** (17 tijolos), em seu veículo, sem autorização legal ou regulamentar (e-STJ, fls. 18-19).

O Juiz sentenciante negou o tráfico privilegiado nos seguintes termos:

Não haverá a redução presente na nova Lei n.11.342/06, em seu art. 33, par. 4º., não porque se presume ser o réu pertencente à organização criminosa e sim pela grande quantidade de droga apreendida, sendo tal benefício impossível de se aplicar para quem transporta quase 150 (cento e cinquenta) quilos de "maconha".

A Corte de origem manteve afastado o redutor sob o entendimento de que o transporte de expressiva quantidade de entorpecente e a falta de ocupação lícita indicaria ser o paciente habitual na prática delitiva:

Por seu turno, as circunstâncias do caso não comungam com a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei no 11.343/06. O réu usou um veículo (Honda/Civic) para transportar 15 tijolos de maconha (grande quantidade), de um Estado para o outro, sendo que receberia vantagem econômica para tanto, a indicar um acentuado envolvimento no comércio de drogas ou seja, a não ocasionalidade da conduta. Além disso, não demonstrou, a contento, o exercício de atividade lícita para seu sustento (fls. 38 - desempregado). Ou seja, um quadro a indicar que se trata de pessoa dedicada às atividades criminosas.

[...]

(e-STJ, fls. 47-48)

Todavia, antes de examinar propriamente o mérito deste *habeas corpus*, **gostaria de convidar os Ministros da Quinta Turma para uma reflexão acerca do tema** - a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Preliminarmente, vale destacar que a Terceira Seção, em decisão de junho do ano passado, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (julgado em 09/06/2021, DJe 01/07/2021), fixou as seguintes diretrizes sobre o

# Superior Tribunal de Justiça

assunto:

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).

Na verdade, busco um maior debate tão somente quanto às orientações estabelecidas nos itens 1 e 2, ou seja, **a aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria.**

Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, acerca da 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, **reconheço que o assunto está superado, diante do posicionamento contrário firmado pelo Supremo Tribunal Federal.**

Observe-se:

"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, public 06/04/2021).

E, da Segunda Turma:

"A quantidade de drogas, por si só, não pode proporcionar a presunção de que o paciente faria do tráfico seu meio de vida ou integraria uma organização criminosa"

(HC 145362, Relatora: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04/02/2020, Public 20/03/2020).

Entretanto, situação diversa, é a do uso da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria para **modular** a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, **amplamente aceita até então por esta Corte, e também pelo Supremo Tribunal Federal.**

No julgamento do ARE 666.334/AM, 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.

Em recentes decisões, o STF continua a permitir a utilização da quantidade e da natureza da droga na escolha da fração da minorante especial da Lei de Drogas:

Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Penal e processual penal. 3. Tráfico de drogas. 4. Dosimetria e redutor por tráfico privilegiado. Quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, **apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena**, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa. Precedentes. Ordem concedida para determinar ao Juízo de origem que refaça a dosimetria **com a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em fração a ser motivadamente determinada**. 5. Argumentos incapazes de infirmar os fundamentos da decisão agravada. 6. Agravo regimental improvido. (RHC 192643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/05/2021, Public 27/05/2021 - grifo nosso)

“[...] 1. Caracteriza bis in idem o sopesamento da quantidade de droga na primeira e terceira fases da dosimetria. A matéria é estável nesta Suprema Corte e já fora objeto de Repercussão Geral, via da qual reafirmada a jurisprudência dominante no sentido de que a natureza e a quantidade de droga devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena, vedada, portanto, aplicação cumulativa na primeira e terceira fases (ARE 666.334/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário Virtual). 2. Ao julgar o ARE 666.334/AM, esta Suprema Corte explicitou 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”, não havendo qualquer diferença, para efeito de tal entendimento, nos termos da jurisprudência consolidada, entre modular e afastar o redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, admitir essa distinção teria como efeito o completo esvaziamento do pronunciamento veiculado por este Supremo Tribunal Federal, frustrando, sem qualquer fundamento legítimo, o alcance do entendimento firmado por este Tribunal. 3. Carece de fundamentação idônea o afastamento da minorante lastreado tão somente na quantidade de droga apreendida, caso não identificados outros elementos objetivos capazes de afirmar a dedicação à atividade criminosa ou de integração à organização criminosa. 4. Considerados a primariedade, os bons antecedentes ostentados pelo paciente, a ausência de envolvimento,

ou de maior responsabilidade com organização criminosa, ou de dedicação ao crime, impõe-se o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. 5. **Tendo em vista a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar de 1/4 (um quarto)**, possível a fixação de regime prisional mais brando – semiaberto –, em atenção ao disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal. 6. Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 177.766 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 24/05/2021, Public 17/06/2021 - grifo nosso)

Ressalto, por oportuno, a **decisão de 18/12/2021, na qual a Primeira Turma do STF**, embora tenha reiterado ser vedado o uso isolado da quantidade de droga para negar o benefício especial da Lei de Drogas, fez incidir a aplicação da minorante no patamar de 1/6 atenta "as circunstâncias concretas em que a Agravada, na condição de desempenhar papel vulgarmente conhecido como mula, apesar de não integrar, de forma estável e permanente, a organização criminosa, 'têm plena e perfeita consciência de que estão a serviço de grupo dessa natureza", não merecendo, assim, uma redução maior".

Confira a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUCEDÂNEO REVISÃO CRIMINAL. PRESENTE SITUAÇÃO APTA A EXCEPCIONAR ESSE ENTENDIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTO ÚNICO PARA AFASTAR O BENEFÍCIO LEGAL. INSUFICIÊNCIA. PATAMAR DE REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA. POSSIBILIDADE. 1. Inadmissível o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, ressalvado, nesta última hipótese, serem os fatos incontroversos e presente situação excepcional de flagrante ilegalidade ou teratologia que autorize a concessão da ordem de ofício (HC 139.741/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 12.4.2019, v.g.). 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido 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. Precedentes. 3. Considerada a primariedade, os bons antecedentes ostentados pela paciente, bem como ausentes fortes indícios de envolvimento com organização criminosa ou de dedicação ao crime, impõe-se o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. 4. Proporcional e razoável a fixação da minorante no patamar de 1/6 (um sexto), presentes as circunstâncias concretas reveladas nos autos. 5. Agravo regimental conhecido e não provido.

(RHC 207256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-015 DIVULG 27-01-2022 PUBLIC 28-01-2022)

No mesmo sentido, as recentes decisões monocráticas do STF:

a) HC 210.906, Relatoria Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 29/12/2021: ordem parcialmente concedida para restabelecer a sentença que aplicou a minorante em 1/6 com fundamento na quantidade de droga

# Superior Tribunal de Justiça

apreendida – 8,8 quilos de maconha;

b) HC 205.819, Relatoria Min. Cármen Lúcia, julgado em 27/8/2021: ordem concedida para reconhecer o *bis in idem* e determinar ao Tribunal de origem que quantidade de droga seja aferida na primeira ou na terceira fase – 900g de maconha;

c) RHC 205.585, Relatoria Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/9/2021: ordem concedida para aplicar a fração do redutor em 1/6 sopesando apenas a quantidade de droga – 2.843kg de maconha.

Outrossim, esta Corte de Justiça há mais de uma década vem orientando os julgadores sobre a possibilidade de se considerar tais vetores na definição do índice de redução (RHC 28.920/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 19/10/2011; HC 159.108/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 19/10/2011).

Portanto, diante da orientação consolidada há tempos **pelas Cortes Superiores**, não me parece adequado o acolhimento da proposta do uso apenas **supletivo da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria**.

A adoção de tal posicionamento, resultará, em regra, na imposição de penas diminutas - abaixo do patamar de 4 anos de reclusão, como decorrência da incidência da minorante no grau máximo, ressalvados, obviamente, os casos de traficantes reincidentes ou integrantes de grupos criminosos.

Em muitas condenações já julgadas definitivamente, haverá a redução drástica das penas em crimes graves, a fim de se aplicar o novo posicionamento exposto no EResp 1.887.511/SP.

Como é a hipótese deste *habeas corpus*, em que tendo sido a quantidade de droga o único vetor aferido para afastar o tráfico privilegiado, e sendo incabível sua utilização isolada na terceira fase – **como proposto o novo entendimento** - o réu, condenado pela posse de mais de 147 quilos de maconha - terá sua pena diminuída em 2/3, resultando definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão.

Sob tal contexto, proponho mantermos o entendimento anterior desta Corte, acolhido em repercussão geral pelo STF, no julgamento do 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 tenha sido considerada na primeira fase do cálculo da pena.

Em conclusão, e segundo as diretivas acima expostas, concedo em parte a ordem.

No caso, observa-se que a decisão impugnada está em confronto com o entendimento do STF, porque concluiu pela habitualidade delitiva do agente considerando tão somente a quantidade de droga encontrada (mais de 147 quilos de maconha). Assim, uma vez constatado 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 e condição de "mula" propriamente assumida pelo agente, tornando-a definitiva em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão mais 486 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 na fração de 1/6, redimensionando a pena do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, portanto no regime inicial semiaberto, mais pagamento de 486 dias-multa.

É o voto.

**HABEAS CORPUS Nº 725.534 - SP (2022/0051301-0)**

**VOTO-VOGAL**

**A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:**

Eminentes Pares,

Gostaria apenas de tecer algumas considerações a respeito do tema.

Como já destacou o eminente Relator, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do RESP n. 1.887.511/SP, da relatoria do Min. João Otávio de Noronha, decidiu que:

a) a utilização da **quantidade e natureza dos entorpecentes** apreendidos na primeira e terceira fases da dosimetria como **fundamentos únicos** para, respectivamente, elevar a pena-base e afastar a minorante do tráfico privilegiado configura *bis in idem*; e

b) à míngua de outras circunstâncias do caso concreto aptas a indicar a dedicação do Réu a atividades criminosas, o emprego isolado dos citados elementos não é idôneo para **afastar ou modular** aquela benesse.

Entretanto, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, **em 28/09/2021**, quando do julgamento do **AgRg no HC 685.184/SP**, da relatoria do Min. Ribeiro Dantas, **por unanimidade de votos**, firmou compreensão mitigando a aplicação do referido precedente, pronunciando-se no sentido de que a quantidade e natureza da droga podem ser consideradas **para majorar a sanção basilar ou para modular** o patamar de redução pela incidência da minorante do tráfico privilegiado, neste último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos.

No âmbito da Sexta Turma, a questão tem sido decidida de forma semelhante. Em acórdão de minha relatoria, decidiu-se que *“deve ser preservado o entendimento da Terceira Seção no sentido de que a quantidade de entorpecente deve ser levada em consideração na primeira fase da dosimetria penal e não pode ser o único fundamento utilizado para negar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, podendo, no entanto, legitimar a modulação da fração, desde que já não tenha sido considerada na primeira etapa do cálculo da pena.”* (HC 563.849/SC, acórdão pendente de publicação).

Faço esse apanhado de julgados para destacar que a possibilidade de modulação já vinha sendo reconhecida em ambas as Turmas, motivo pelo qual o novo pronunciamento desta

# Superior Tribunal de Justiça

Terceira Seção a respeito do precedente anterior é de suma importância, a fim de conferir maior segurança jurídica.

Dito isto, estou de acordo com o voto trazido pelo Relator quanto à possibilidade de consideração da quantidade de entorpecente na modulação da fração prevista no art. 33, §4.º, da Lei n. 11.343/2006. No entanto, é preciso deixar claro que essa modulação não será legítima na hipótese em que essa mesma quantidade de entorpecente já foi levada em consideração na primeira etapa da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*, na esteira do consolidado entendimento do Supremo Tribunal Federal no âmbito do ARE 666.334/AM.

Nesse sentido, a fim de evitar dúvida quanto ao critério adotado pela Terceira Seção, gostaria de sugerir ao eminente Relator que seja feito um pequeno acréscimo no item 6 da sua ementa, nos seguintes termos: “[...] e desde que não tenham sido consideradas na primeira fase do cálculo da pena”.

Isto é, a quantidade de entorpecente não poderá obstar, por si só a concessão do benefício. Porém, uma vez reconhecido que o Acusado faz jus à referida causa de diminuição de pena, a quantidade de drogas poderá amparar a modulação da fração escolhida pelo julgador entre 1/6 e 2/3, desde que o montante de estupefaciente já não tenha sido considerado na primeira fase do cálculo penal.

No mais, acompanho integralmente o eminente Relator quanto à solução dada ao caso concreto.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, porém, concedo a ordem de ofício para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/3, redimensionando as penas e fixando o regime prisional semiaberto, nos termos do voto do eminente Relator.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 725534 - SP (2022/0051301-0)

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : JESSIKA ALVES ANTUNES FONTES  
**ADVOGADO** : JESSIKA ALVES ANTUNES FONTES - GO059305  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOAO ROBERTO PEREIRA ALIBERTI (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de JOÃO ROBERTO PEREIRA ALIBERTI, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado e de 583 dias-multa.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* negou-lhe provimento.

Neste *writ*, a impetrante alega que o paciente preenche os requisitos legais para a incidência da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, por ser primário, ter bons antecedentes e por não ter sido apreendido nenhum apetrecho destinado ao tráfico.

Requer a concessão da ordem para que a pena seja redimensionada, com redução de 1/6 a 2/3, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com a consequente alteração do regime prisional.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração (fls. 58-60).

Incluído em mesa na sessão de 29/3/2022, a Quinta Turma afetou o julgamento do feito à Terceira Seção.

Com a devida vênia ao eminente relator, Ministro Ribeiro Dantas, conquanto o notório brilhantismo que lhe é peculiar, neste caso, ousou dissentir do voto aqui lançado, especialmente em relação à proposta de alteração do entendimento firmado pela Terceira Seção no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP.

No caso, o paciente foi preso em flagrante ao transportar 165 tabletes de maconha em troca de compensação financeira.

O Juízo de origem, embora tenha reconhecido que o paciente era primário, com bons antecedentes, afastou a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em razão da grande quantidade de droga apreendida.

Essa decisão foi mantida pelo Tribunal *a quo* em acórdão assim ementado (fl. 41):

Apelação. Tráfico de drogas, com a majorante prevista no artigo 40, V, da Lei nº 11.343/06. Sentença condenatória. Recurso da defesa. 1. Quadro probatório suficiente para a condenação. 2. Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei IV 11.343/06. 4. Penas que não comportam qualquer alteração. 3. Dados empíricos que exprimem um elevado grau de culpabilidade, a justificar a não substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito e imposição do regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade. Recurso desprovido.

Em seu voto, o Ministro Ribeiro Dantas propõe que, no caso concreto, a ordem seja concedida de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição em apreço, porém em fração menor de 1/6, devido à quantidade de drogas apreendida.

Dispõe o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 o seguinte:

Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Como sabemos, a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33, conhecida como tráfico privilegiado, foi instituída para garantir tratamento diferenciado ao traficante menor ou iniciante, tendo em vista a menor reprovabilidade da conduta, de forma a garantir a proporcionalidade das penas, tratando os desiguais na medida de sua desigualdade.

Assim, a redução da pena não é faculdade do juiz, mas direito subjetivo do agente que preencha os requisitos do § 4º do art. 33.

*A contrario sensu*, uma vez comprovado pela acusação que o agente é reincidente, tem antecedentes criminais, dedica-se a atividades criminosas ou integra organização criminosa, por consequência, estará afastada a aplicação da causa de diminuição.

Na práxis jurídica, quando o único elemento em desfavor do acusado é a quantidade de droga apreendida, muitas vezes, infere-se dessa circunstância a dedicação a atividades criminosas e afasta-se a causa de diminuição.

Contudo, essa circunstância, por si só, não é apta a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa, devendo ser apontados outros elementos hábeis para fundamentar essa afirmação (STF, AgR no HC n. 193.498/SP, relator para o acórdão Ministro Gilmar

Mendes, DJe de 19/2/2021), não sendo admissível, portanto, afastar um direito subjetivo por mera inferência ou presunção.

A questão ora debatida é se, nos casos em que o acusado é primário, tem bons antecedentes, não se dedica ao crime nem integra organização criminosa, pode o julgador aplicar fração de redução menor (entre  $\frac{2}{3}$  a  $\frac{1}{6}$ ) quando a quantidade de drogas apreendida é significativamente grande.

Ou seja, pode o julgador modular a fração de redução com base na quantidade das drogas?

Pergunta-se ainda: Caso a quantidade e natureza da droga tenham sido utilizadas na primeira fase da dosimetria, deve-se admitir, na terceira fase, sua utilização ara modular a fração de redução, ainda que sejam os únicos elementos aferidos? Essa situação configurará ou não *bis in idem*?

Esse tema, aliás, foi objeto do julgamento do ARE n. 666.334/AM (com repercussão geral) em 3/4/2014, quando o Supremo Tribunal Federal examinou a “possibilidade de se considerar a quantidade e a qualidade da droga apreendida tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006”.

Naquela assentada, o STF fixou a tese que "a natureza e a quantidade de entorpecentes" não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena, sob pena de incidência em inconstitucional *bis in idem* (Tema n. 712).

Em harmonia com essa orientação jurisprudencial, a Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, do qual fui relator, fixou o entendimento de que, nos crimes de tráfico, na primeira etapa da dosimetria da pena, deve-se necessariamente considerar o elemento preponderante "natureza e quantidade do entorpecente apreendido" para fixação da pena-base, dado o princípio da especialidade.

Nessa linha de raciocínio, na ocasião, considerei que essa circunstância, por ser preponderante, não deveria ser reservada para outras fases da dosimetria, para as quais o legislador não tenha previsto, de forma específica, sua utilização.

Nesse ponto, registro que, em processos nos quais a natureza ou a quantidade de entorpecentes encontrados em poder do réu sejam os únicos elementos negativos em seu desfavor, a consideração desses vetores na primeira fase da dosimetria (e não na terceira) se traduz, normalmente, como alternativa mais benéfica ao acusado.

No procedimento de fixação da pena, há duas tendências gerais: uma voltada à exasperação das penas por meio de agravantes, majorantes e qualificadoras; outra, de mitigação por atenuantes,

minorantes e privilegiadoras. A primeira tendência que caminha em direção a penas mais duras, por vezes, confronta-se com a exigência de humanização do sistema penal.

Considerando que o bem jurídico tutelado no crime de tráfico de drogas é a saúde pública, por certo, a conduta de quem transporta grande quantidade de drogas é mais censurável e, em razão disso, deve receber maior punição por revelar maior gravidade do injusto penal.

Em atenção ao maior dano, o legislador poderia ter previsto uma agravante ou majorante para a conduta do tráfico de grande quantidade de drogas, porém não o fez.

Na verdade, apontou o maior desvalor da conduta expressamente no comando do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, determinando que essa circunstância seja valorada na primeira fase da dosimetria, preponderantemente em relação às demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

A política de “guerra às drogas” adotada pelas instituições de segurança, por vezes, faz-me lembrar aquela cena em que Alice, personagem de Lewis Carroll, encontra-se com a Rainha Vermelha, que lhe ordena: “Vamos, Alice, corra! Corra mais! Mais rápido!”. Alice corre velozmente, porém, já exausta, de repente, percebe que não saiu do lugar. A lógica paradoxal naquele estranho *Pais das Maravilhas*, na verdade, era a de que, quanto mais se corre, menos se sai do lugar.

Quando se considera grande o volume de drogas apreendido, o julgador tende a impor penas mais altas, mesmo que em retribuição a traficantes iniciantes ou de “primeira viagem”.

Assim, permite-se que indivíduos que ainda não estão totalmente enfronhados no mundo do crime sofram os efeitos dessocializantes da privação de liberdade. No afã de prevenir a reiteração delitiva, paradoxalmente, colocam-se esses indivíduos em contato com facções criminosas que irão, sim, integrá-lo profunda e definitivamente ao mundo do crime. Nesses casos de tráfico privilegiado, o rigor judicial no combate às drogas torna o efeito do “remédio” mais deletério que a própria “doença”.

O papel do Judiciário, na luta contra as drogas, é de garantidor dos direitos individuais, da racionalidade e coerência do sistema penal. Por isso, reitero, deve ser mantida a limitação à criatividade judicial contrária ao réu, tendo em vista a função primordial do direito penal que é limitar o poder punitivo estatal.

Sem pretender ser demasiado redundante, insisto em que o tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas.

Cumpramos, pois, revigorar o entendimento da plena eficácia do art. 42 da Lei n. 11.343/2016, que exige a observância do indicado vetor na fixação da pena-base, já que o Superior

Tribunal de Justiça possui a missão constitucional de resguardo da correta aplicação da lei federal.

Lembro que a individualização da pena é uma atividade discricionária vinculada, sujeita a controle de legalidade. E nunca é demais lembrar que a missão constitucional de resguardo da correta aplicação da lei federal é do Superior Tribunal de Justiça, onde o tema pende de pacificação.

Quanto ao caso concreto, não havendo provas de que o paciente se dedica a atividades criminosas, assiste-lhe direito à redução da pena, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau máximo.

Já considerada a quantidade de drogas na primeira fase da dosimetria, a utilização dessa circunstância para modular a fração de redução importará em *bis in idem*, em contrariedade ao entendimento firmado pelo STF no ARE n. 666.334/AM (Tema n. 712).

Ante o exposto, **pedindo vênias ao eminente Ministro Ribeiro Dantas, concedo a ordem de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição da pena em favor do paciente, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porém na fração máxima de redução, com a consequente alteração do regime inicial.**

Reforço a necessidade de manutenção das diretrizes e teses já firmadas no REsp n. 1.887.511, nos termos seguintes:

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 do § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, 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 a integração a organização criminosa;

3) podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena do § 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 consideradas na primeira etapa, para fixação da pena-base.

É o voto.

**HABEAS CORPUS Nº 725.534 - SP (2022/0051301-0)**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

O caso diz respeito a habeas corpus afetado pela Quinta Turma para a Terceira Seção, com a finalidade de se fazer uma reinterpretação do que decidido, em sessão realizada no dia 9/6/2021, por ocasião do julgamento do **REsp n. 1.887.511/SP** (Rel. Ministro **João Otávio de Noronha**, DJe 1º/7/2021), especificamente em relação aos itens 1 e 2 da proposta feita à época, quais sejam:

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 seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa;

A questão que se coloca, basicamente, é a seguinte: caso a natureza e/ou a quantidade de drogas apreendidas não haja sido considerada na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, pode-se admitir a sua utilização na terceira etapa, para modular a fração de diminuição de pena relativa à minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006?

Parece-me que o tema em debate é o que hoje mais ocupa esta Corte na Seção Criminal. Temos cerca de 30% do volume de trabalho relacionado a tráfico de drogas, seja para questionar prisão cautelar, seja para se insurgir contra regime inicial de cumprimento da reprimenda, seja para discutir a própria individualização da pena, como no presente caso.

Em boa parte, essas dúvidas giram em torno da aplicabilidade ou não da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, que, conforme é cediço, se trata de uma causa especial de diminuição de pena, na qual se

fixam os requisitos, quais sejam, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas.

Quando a lei assim o diz, cria uma possibilidade de diminuição de pena (de 1/6 a 2/3), para um tipo penal que prevê pena em abstrato de 5 a 15 anos de reclusão. E a lei fala de primariedade e bons antecedentes. É importante procurar o significado de cada palavra e parece-me que, quando a lei se refere a bons antecedentes, a meu modo de sentir, é uma qualidade de alguém cuja vida é inquestionável do ponto de vista de sua relação com a jurisdição, alguém que não tenha nenhum tipo de processo, nem sequer em andamento.

Se a natureza do instituto em análise é justamente tratar com menor rigor o indivíduo que se envolve **circunstancialmente com o tráfico de drogas** – e que, portanto, não possui maior envolvimento com o narcotráfico ou habitualidade na prática delitiva –, não me parece razoável punir aquele que ostenta diversas anotações penais em seu desfavor **da mesma forma** que um traficante que não possui nenhum registro criminal contra si.

Pessoalmente, vejo algo diferente entre dizer que uma pessoa tem maus antecedentes ou afirmar que ela possui bons antecedentes, porque, se sempre exigirmos o critério de condenação definitiva, praticamente estaremos igualando isso a uma reincidência, embora, é bem verdade, a jurisprudência haja sido construída nesse sentido, de modo que não se pode considerar maus antecedentes processos em andamento ou mesmo condenação ainda sem a certificação do trânsito em julgado (em homenagem ao princípio da presunção de não culpabilidade).

Não obstante isso, como se trata de uma causa de diminuição de pena, parece-me que se deveria exigir que o agente fosse realmente primário e que tivesse bons antecedentes, o que afastaria a incidência do benefício àqueles que tenham processos já julgados, com sentença ainda sujeita a recurso. Essa, no entanto, é uma discussão que não comporta no presente caso.

Contudo, apenas gostaria de tomar esse exemplo para dizer que a jurisprudência que se tem construído – tanto no STF quanto nesta Corte – acaba, na prática, **esvaziando, sobremaneira**, esse dispositivo legal, no que diz respeito ao sentido que, a meu sentir, deveria dele se extrair.

É de rigor consignar que uma interpretação teleológica do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 à luz da política criminal de drogas instituída

# Superior Tribunal de Justiça

pelo Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad permite inferir que o espírito da norma contida no referido dispositivo de lei é o de beneficiar o agente que não se utiliza da mercancia de entorpecentes como atividade profissional. Se o intuito foi esse, inequivocamente a orientação normativa pretendeu afastar o benefício àqueles que, constantemente, incorrem na prática ilícita e já tiveram envolvimento com o narcotráfico e/ou com crimes que, não raro, estão a ele interligados (como delitos patrimoniais, homicídio, associação criminosa etc.).

A jurisprudência que hoje se tem, no entanto, é a seguinte: é necessário o trânsito em julgado da condenação para reconhecer maus antecedentes; processos em andamento não podem ser considerados para concluir que o réu se dedica a atividades criminosas e, assim, afastar o redutor; a quantidade de drogas apreendidas, ainda que seja elevada, também não pode ser sopesada para, isoladamente, levar à conclusão de que o acusado é dedicado a atividades criminosas; ainda que seja uma tonelada de cocaína, não se pode considerar isso para afastar a incidência da minorante em questão. Diante disso, indago: o que restaria, então, para justificar o afastamento dessa causa de diminuição de pena?

Por outro lado, não há dúvidas de que, na linha do que sustentou o eminente Ministro João Otávio de Noronha, devemos sempre ter uma flexibilidade de interpretação diante da realidade do sistema penitenciário brasileiro, que é de notória precariedade.

No entanto, não podemos utilizar essa justificativa para obviar a literalidade da lei ou a própria teleologia da lei. E a Lei n. 11.343/2006 criou um **benefício excepcional**, sendo certo que aquele que comete crime previsto no *caput* e no § 1º do art. 33 da Lei de Drogas responde por uma pena mínima de 5 anos de reclusão. Apenas em hipóteses excepcionais, quando não evidenciada sua participação em organização criminosa ou em atividades criminosas, e for o agente primário e possuidor de bons antecedentes, é que poderá ser beneficiado com a redução de pena.

Com essas premissas, verifico que, nesta hipótese concreta, em que o réu foi condenado com **cerca de 150 kg de maconha**, em contexto de transporte interestadual, não há como se exigir que o juiz aplique o redutor na fração máxima prevista em lei e, assim, torne a pena desse acusado definitiva no patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão, igualando esse indivíduo a outro que haja sido condenado à mesma reprimenda, por haver sido flagrado na posse de um 1 g de maconha, de 10 g de maconha ou de 100 g de maconha, por exemplo. Isso me parece algo totalmente contrário à ideia de isonomia de

tratamento perante o Poder Judiciário.

Faço lembrar que o **princípio constitucional da individualização da pena** considera alguns outros princípios, dentre os quais o da proporcionalidade. Seria absolutamente desproporcional uma pena tão reduzida para alguém na situação em que se encontra o ora acusado.

A ideia trazida pelo eminente relator, Ministro **Marcelo Ribeiro Dantas**, é justamente trazer uma flexibilização do entendimento firmado por ocasião do julgamento de **REsp n. 1.887.511/SP** (Rel. Ministro **João Otávio de Noronha**, DJe 1º/7/2021), para exatamente não se desconsiderar uma hipótese como a objeto deste *writ*, em que o juiz, na primeira fase da dosimetria, **não levou em consideração** a elevada quantidade de drogas apreendidas para fins de exasperação da pena-base – e, portanto, não incorreu no inadmissível *bis in idem* –, quando, ao usar da faculdade legal de redução entre 1/6 e 2/3, o fez no **patamar mínimo**, por entender que a quantidade de drogas apreendidas era bem considerável.

Relembro, por oportuno, que o juiz, ao reconhecer a presença dos quatro requisitos necessários ao reconhecimento da benesse em questão, **não está obrigado a aplicar o patamar máximo de redução de pena**, já que possui plena discricionariedade para, à luz das peculiaridades do caso concreto, efetivar a diminuição no *quantum* que entenda suficiente e necessário para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, **tal como ocorreu no caso dos autos**.

Assim, com a mais respeitosa vênia ao eminente Ministro João Otávio de Noronha, que sempre traz uma visão humana para a análise dos processos – que é, aliás, aquela que sempre temos também buscado em todas as decisões da Seção –, **acompanho o eminente Ministro relator**.

# *Superior Tribunal de Justiça*

**HABEAS CORPUS Nº 725.534 - SP (2022/0051301-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : JESSIKA ALVES ANTUNES FONTES  
**ADVOGADO** : JESSIKA ALVES ANTUNES FONTES - GO059305  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOAO ROBERTO PEREIRA ALIBERTI (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

## **VOTO VENCIDO**

**O EXMO. SR. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)** — Sr. Presidente, a própria redação do § 4º, art. 33, poderia ser melhor, e talvez a discussão não se encerre aqui, mas acho que o STJ tem de sinalizar com bastante clareza, para os tribunais ordinários, para que essas dúvidas não comecem a surgir de forma recorrente.

O voto do Ministro João Otávio de Noronha, parece-me, com a devida vênua do Ministro Ribeiro Dantas, que se insere nessa linha de clareza. Pode ser que haja alguma dúvida, mas me parece que a clareza avulta.

Além disso, o voto do Ministro João Otávio está literalmente de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343, que manda que “na fixação da pena, considerar-se-á com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal a natureza e a quantidade da substância do produto”. Além disso, admite que, havendo mais algum outro fator adicional, além dessa quantidade, que ela possa ser utilizada para balizar o percentual de 1/6 a 2/3, mas esse fator adicional não se faz presente.

Nessa discussão, e se não me equicovo, o voto do Ministro João Otávio, que acompanho, está às inteiras de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, se bem compreendi o voto do Ministro Ribeiro Dantas.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2022/0051301-0

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**HC 725.534 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 30107255520138260482

EM MESA

JULGADO: 27/04/2022

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : JESSIKA ALVES ANTUNES FONTES  
ADVOGADO : JESSIKA ALVES ANTUNES FONTES - GO059305  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : JOAO ROBERTO PEREIRA ALIBERTI (PRESO)  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por maioria, não conheceu do habeas corpus, concedendo a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/6, redimensionando a pena do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, portanto no regime inicial semiaberto, mais pagamento de 486 dias-multa nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e João Otávio de Noronha.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schiatti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.