



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 762094 - SP (2022/0245571-7)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : FELIPE FOLCHINI MACHADO
ADVOGADO : FELIPE FOLCHINI MACHADO - SC064467
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON KLEITON COSTA DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

ANDERSON KLEITON COSTA DA SILVA alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0000981-43.2015.8.26.0280).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, ambos da Lei n. 11.343/2006.

A defesa busca, por meio deste *writ*, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Decido.

Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes

um meio de vida." (HC n. 437.178/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 11/6/2019).

No caso, o Tribunal de origem considerou indevida a incidência da referida minorante, com base nos seguintes fundamentos (fl. 36):

De ser acolhido também o pleito ministerial de afastamento do redutor de penas previsto no § 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, ante as evidências de que o sentenciado se dedicava a atividades criminosas, **das quais destacam-se a considerável quantidade de maconha apreendida em seu poder e a absoluta ausência de justificativa plausível para a sua posse com o propósito de próprio consumo** (o sentenciado não demonstrou capacidade econômica para adquiri-la e tampouco seria razoável supor que teria condições de consumir tamanha quantidade de drogas antes de que perdesse suas qualidades fisio-químicas.

[...]

O Superior Tribunal de Justiça vem afirmando, repetidamente, que **a expressiva quantidade das drogas encontradas em poder do acusado constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas** [...]

No entanto, faço o registro de que, 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), a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça decidiu que:

[...]

7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).

8. 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.**

[...]

Assim, uma vez que, no caso, **a quantidade de drogas apreendidas** foi sopesada para, **isoladamente**, levar à conclusão de que o réu se dedicaria a atividades criminosas, reputo evidenciado o apontado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima.

Consequentemente, à ausência de fundamento suficiente o bastante para justificar o afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, **deve a ordem ser concedida, inclusive liminarmente, a fim de aplicar, em favor do acusado, o referido benefício.**

No que tange ao *quantum* de redução de pena, faço lembrar que tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

Assim, tendo em vista a **quantidade de substâncias entorpecentes** apreendidas já foi devidamente sopesada para fins de exasperação da pena-base, considero, dentro do livre convencimento motivado, ser adequada e suficiente a redução de pena no **patamar máximo de 2/3, até para não incorrer no inadmissível *bis in idem*.**

Apenas *ad cautelam*, friso que, especificamente no caso dos autos, a conclusão pela possibilidade de aplicação da referida minorante não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento, de fato, vedado na via estreita do habeas corpus. O caso em análise, diversamente, requer apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os

fundamentos apontados pela instância de origem para negar ao réu a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Em razão da modificação efetivada anteriormente, deve ser realizada a nova dosimetria da pena. Na primeira fase, a reprimenda-base ficou estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

Na segunda etapa, não há nenhuma agravante ou atenuante.

Na terceira fase, aumento a pena em 1/6, tal como efetivado pelas instâncias de origem, em razão da majorante descrita no art. 40, V, da Lei de Drogas. Na sequência, diminuo a reprimenda em 2/3, em decorrência da minorante descrita no § 4º do art. 33 dessa mesma lei e, por conseguinte, **torno a sanção do paciente definitiva em 2 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão e pagamento de 227 dias-multa.**

Como consectário da redução efetivada na pena do acusado, deve ser feito o ajuste no regime inicial do seu cumprimento. Uma vez que ele foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, era tecnicamente primário ao tempo do delito, possuidor de bons antecedentes, foi beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, **mas sem perder de vista que teve a pena-base fixada acima do mínimo legal**, deve ser estabelecido o **regime inicial semiaberto**, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, com observância, ainda, ao preceituado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Pela mesma razão anteriormente exposta - reprimenda-base acima do mínimo legal -, entendo que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos **não se mostra**, no caso, medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do CP.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo a ordem, in limine**, a fim de reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em favor do acusado, aplicá-la no patamar de 2/3 e, por conseguinte: a) reduzir a sua reprimenda para **2 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão e pagamento de 227 dias-multa**; b) fixar o regime inicial semiaberto (Processo n. 0000981-43.2015.8.26.0280).

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias, para as providências cabíveis.

Publique-se e intímem-se.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2022.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator