



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 797269 - SP (2023/0011568-3)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : ANDRE RICARDO DE LIMA DEVIDE E OUTRO
ADVOGADOS : ANDRÉ RICARDO DE LIMA DEVIDÉ - SP285379
MAURICIO RICARDO DE ALMEIDA - SP381673
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GIULIANO DA SILVA CALDAS
CORRÉU : PEDRO HENRIQUE PINHEIRO LEITE
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

GIULIANO DA SILVA CALDAS alega ser vítima de constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0027165-13.2010.8.26.0506.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de origem deu provimento ao recurso do Ministério Público, afastar a incidência da minorante e tornar a reprimenda definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa.

Neste *writ*, a defesa pleiteia a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em sua fração máxima, ao argumento de que o acusado preenche os requisitos legais.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do habeas corpus e pelo reconhecimento da ilegalidade no acórdão impugnado.

Decido.

I. Minorante prevista art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

O Tribunal de origem deu provimento à apelação ministerial e considerou indevida a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, nos seguintes termos (fl. 552):

Com efeito, embora reconhecida a primariedade dos acusados, os demais elementos contidos nos autos, em especial a excessiva quantidade de droga apreendida 67,290kg - não autorizam a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

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).

Conforme visto, a Corte estadual negou a aplicação do redutor com base, essencialmente, na quantidade de drogas apreendidas. Tal circunstância o levou à conclusão de que o réu seria dedicado a atividades delituosas e/ou integrante de organização criminosa.

No entanto, não há como se olvidar 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** foram sopesadas para, isoladamente (ou seja, sem nenhum outro fundamento idôneo), levar à conclusão de que o réu se dedicaria a atividades delituosas e/ou integraria organização criminosa, **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, a fim de aplicar, em favor do acusado, o referido benefício.**

I. a) Observância aos precedentes

Em relação a esse ponto, é importante, contudo, fazer algumas considerações sobre aspectos que, em meu entendimento, devem ser objetos de preocupação por todos nós julgadores.

O legislador, a meu ver, não foi feliz com a redação desse dispositivo previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e sua interpretação tem sido a mais equívoca, no sentido de diversas soluções, ou plurívoca, em sua interpretação por diversos tribunais e por juízos de todas as instâncias, porque **há situações concretas que parecem evidenciar uma consequência que a lei aparentemente não quis contemplar com essa minorante.**

Não há como perder de vista haver situações que, pela simples

quantidade de drogas apreendidas ou pela tamanha variedade de substâncias, dispensariam, a meu sentir, a necessidade de outros fatores para afastar o benefício.

Deveras, há diversos julgados – tanto o Supremo Tribunal Federal quanto desta Corte Superior de Justiça – no sentido de que a apreensão de grande quantidade de drogas, **a depender das peculiaridades do caso concreto**, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.

Conforme entendimento que externei por ocasião do próprio julgamento do referido REsp n. 1.887.511/SP, a elevada quantidade de drogas apreendidas, **ainda que isoladamente**, pode, na minha compreensão, ser perfeitamente sopesada para aferir o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação a atividades delituosas, porque nenhuma pessoa sozinha, salvo raríssimos casos de indivíduos bilionários, conseguiria adquirir tamanha quantidade de drogas. É preciso haver uma organização por trás dela, toda uma estrutura, de maneira que seria uma negação da realidade não afastarmos o benefício nessas situações.

A título de exemplo, menciono: STJ, **AgRg no AREsp n. 359.220/MG**, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 17/9/2013; **AgRg no HC n. 499.936/SP**, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 1º/7/2019; **AgRg no HC 596.077/SP**, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 20/10/2020; **AgRg no AREsp 1.591.547/RO**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe DJe 19/8/2020.

Ainda: "O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a elevada quantidade de drogas apreendida, tal como ocorreu na hipótese, é circunstância que permite aferir o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas." (**AgRg no REsp n. 1.870.949/PR**, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 6/10/2020).

Também o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do **HC**

n. 111.666/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, consignou que "a apreensão de grande quantidade de droga é fator que permite concluir, mediante raciocínio dedutivo, pela dedicação do agente a atividades delitivas", circunstância "obstativa da aplicação da referida minorante" (acórdão publicado no DJe de 23/5/2012).

O caso dos autos, **em que o paciente foi apreendido com 46,545 kg de maconha e 20,745 kg de cocaína**, retrata, a meu ver, uma situação que **não se compatibiliza** com a posição de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades delituosas. Em verdade, não se mostra razoável admitir que alguém preso com elevada quantidade de drogas ostente a condição de pequeno traficante, de modo a ser merecedor do benefício em questão.

No entanto, firme na importância de se observarem os precedentes e de se adotar interpretação uniforme das leis – até para garantir uma ordem jurídica mais coerente, mais estável e com maior previsibilidade quanto à interpretação adotada pelo Poder Judiciário –, **curvo-me ao posicionamento firmado pela Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça**, para reconhecer a inidoneidade do argumento apontado no caso para justificar a impossibilidade de incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, qual seja, a quantidade de drogas apreendidas. Como somos uma Corte de precedentes, temos de seguir essa jurisprudência, temos de seguir os precedentes qualificados, tanto do próprio STJ, em sua Terceira Seção, quanto do Supremo Tribunal Federal, quando decidido no Pleno.

I. b) Fração do redutor

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 que a quantidade de substâncias já foi devidamente valorada na primeira fase da dosimetria, 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.

II. Nova dosimetria

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, ausentes causas de aumento e de diminuição.

Na terceira fase, ausentes as causas de aumento, reduzo a reprimenda em 2/3, em decorrência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Consequentemente, **fica a sanção do paciente definitivamente estabelecida em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 194 dias-multa.**

III. Consectário da redução da pena

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.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo em parte a ordem**, 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 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 194 dias-multa; b) fixar o regime inicial semiaberto.

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

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 13 de março de 2023.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator