

HABEAS CORPUS Nº 478.503 - SP (2018/0298962-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EDUARDO FONTES DA SILVA - MG145118
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE SILVINO DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

FELIPE SILVINO DA SILVA, paciente neste habeas corpus, alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0000505302016826/0616.

Consta dos autos que o acusado foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime de tráfico de drogas.

A defesa busca, por meio deste *writ*, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e o consequente abrandamento do regime inicial prisional, bem como a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi deferido para assegurar ao réu o regime semiaberto até o julgamento de mérito, e as informações foram prestadas às fls. 377-400.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício (fls. 402-408).

Decido.

I. Contextualização

Narram os autos haverem sido apreendidas 29 pedras de “crack”, com peso aproximado de **8,13 g**, 62 porções de maconha, com peso aproximado de **112,1 g**, além de uma quantia em moedas estrangeiras: um dólar americano, cinco euros e dois mil pesos argentinos, todos de propriedade do réu.

Quanto ao almejado reconhecimento da causa especial de diminuição de pena, o Juiz sentenciante afastou a benesse ao considerar que (fl. 216, grifei):

Na terceira fase, não está presente a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, **considerando que o réu está extremamente envolvido no mundo delitivo, o que se evidencia pelos bens de origem suspeita apreendidos, bem como das informações policiais de envolvimento também em delitos de roubo.**

Por seu turno, a Corte estadual manteve o afastamento da minorante sob a seguinte motivação (fls. 316-317, destaquei):

De outra parte, não era mesmo o caso de ser aplicado o redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06.

Consigno que a norma penal pretendeu facultar ao juiz a possibilidade de no caso concreto aplicar pena menos rigorosa ao réu primário, de bons antecedentes, que não se dedicasse a atividades criminosas e não integrasse organização criminosa, e a intenção do legislador é clara: dispensar tratamento diferenciado ao “traficante menor”, em detrimento do “traficante organizado”.

A previsão está assentada no princípio da individualização da pena e, assim, não afronta a ordem constitucional. Trata-se de regra não obrigatória, facultando ao Magistrado sua aplicação ou não, de acordo com a hipótese dos autos, de forma fundamentada, como ocorreu.

E a prova dos autos parece demonstrar a dedicação ininterrupta do réu ao comércio ilegal, mesmo porque a falta de demonstração do exercício de atividade lícita inviabilizaria, a rigor, a obtenção de recursos próprios para a aquisição de droga, impondo, pois, o reconhecimento de sua estreita ligação com traficantes, de quem obteria crédito para a aquisição de drogas para seu “negócio”, ou então até mesmo para quem trabalharia, recebendo a tanto remuneração diária, semanal ou mensal, tudo a demonstrar o engajamento nesse submundo, fazendo dele o seu meio de subsistência, não fazendo jus, pois, ao redutor pretendido.

Feitos tais registros, passo à análise das teses defensivas.

II. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

Com efeito, para a aplicação da minorante em comento, 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, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida**; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A previsão desse benefício em nosso ordenamento jurídico evidencia, na verdade, a preocupação do legislador em buscar concretizar justamente o **princípio constitucional da individualização da pena**, descrito no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. São válidas as palavras de João José Leal quando afirma: "**nem sempre é juridicamente justo ou razoável tratar o traficante primário – quando for o caso de um simples passador ou distribuidor da droga, é claro – com a mesma carga punitiva a ser aplicada aos principais agentes do crime**" (Tráfico de drogas e controle penal: Nova Política Criminal e aumento da pena mínima para o crime de tráfico ilícito de drogas. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Ano VIII, n. 43, abr./maio 2007, p. 47, grifei).

Ressalto que a simples **ausência de comprovação do exercício de atividade laboral formal não é elemento idôneo para afastar a incidência do redutor**, máxime diante da realidade social do Brasil, em que muitas atividades são desempenhadas na informalidade e, por isso mesmo, de difícil comprovação. Exigir-se a prova de vínculo empregatício registrado na carteira de trabalho ou o exercício de atividade autônoma devidamente documentada acabaria por impedir boa parcela da sociedade de, caso condenada pela prática de tráfico de drogas e **a despeito de primariedade e bons antecedentes**, ser beneficiada com a causa especial de diminuição de pena em comento.

Embora o Juízo singular e o Tribunal de origem hajam alegado que o réu se dedicaria de modo habitual ao comércio de substâncias como a apreendida na data dos fatos, **não indicou nenhum elemento concreto dos autos para justificar sua percepção**. Além disso, a simples leitura da sentença permite verificar que não foram mencionadas outras oportunidades em que o acusado supostamente realizou o tráfico de drogas.

Considero, por fim, que a quantidade de drogas localizadas em poder do paciente – **8,13 g de crack e 112,1 g de maconha**, – não se mostra excessivamente elevada a ponto de, **por si só**, levar à conclusão de que ele se dedica a atividades criminosas, notadamente quando observado que, **ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes**.

Faço lembrar que, segundo entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a **certa discricionariedade judicial**. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, **em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias**" (HC n. 122.184/PE, Rel. Ministra Rosa Weber, 1ª T., DJe 5/3/2015, grifei), situação que reputo devidamente caracterizada nos autos.

III. Nova dosimetria da pena

Assim, identifico contrariedade ao disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reconheço a incidência da minorante. Fixo o **patamar máximo previsto em lei (2/3)**, em face da ausência de elementos que justifiquem a imposição de fração diversa.

Procedo à nova dosimetria da reprimenda. A pena-base foi assentada no mínimo legal e mantida nesse patamar na fase intermediária, porquanto ausentes agravantes e atenuantes.

Na terceira etapa, **reduzo a pena em 2/3**, o que a torna **definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa**.

IV. Consectários – regime e substituição

O acusado era primário ao tempo do delito, teve a pena-base determinada no mínimo legal, foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão e agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o "traficante ocasional". Logo, entendo que o **regime aberto** é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito praticado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Pelas mesmas razões, não vejo como concluir que a substituição da pena não seja medida socialmente recomendada, **máxime porque, conforme já salientado, a quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas não foi excessivamente elevada.**

Diante da favorabilidade das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal – tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal –, verifico a violação do art. 44, III, do Código Penal, de modo que deve ser **substituída a reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos**, as quais deverão ser definidas pelo Juízo das Execuções Criminais, à luz das peculiaridades do caso concreto.

V. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, não conheço do habeas corpus, mas, ao analisar o seu conteúdo, constato a existência de patente ilegalidade, o que me leva a conceder a ordem, de ofício, a fim de: a) **aplicar a causa especial de diminuição de pena** referente ao crime de tráfico de drogas; b) readequar a reprimenda imposta ao réu para **1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 dias-multa**; c) determinar a **substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos**, as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo da Execução.

Comunique-se, **com urgência**, o inteiro teor deste *decisum* às instâncias ordinárias.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**