

HABEAS CORPUS Nº 484.866 - SP (2018/0338051-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : HOMERO SILLES
ADVOGADO : HOMERO SILLES - SP068842
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVERTON LAION DA SILVA SANTOS (PRESO)

DECISÃO

EVERTON LAION DA SILVA SANTOS, 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. 0000058-46.2018.8.26.0592.

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.

O pedido de liminar foi deferido para que o acusado aguardasse o julgamento de mérito no regime semiaberto, e as informações foram prestadas às fls. 44-53.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, tão somente para assegurar ao réu o modo intermediário de cumprimento da pena (fls. 75-83).

Decido.

I. Contextualização

Narram os autos haver sido o denunciado surpreendido enquanto trazia consigo, com a finalidade de comércio, **1 g de cocaína, em forma de crack (uma porção). Dentro de seu domicílio foram encontrados ainda: 19,3 g de crack, R\$ 680,00 em dinheiro, distribuídos em notas de diversos valores, e uma balança de precisão.**

Quanto ao almejado reconhecimento da causa especial de

diminuição de pena, o Juiz sentenciante afastou a benesse ao considerar que (fl. 18, grifei):

Do mesmo modo, inviável a redução de pena previsto no artigo 33, §4º, da Lei no 11.343/2006, **já que a quantidade de droga apreendida permite concluir que faça do comércio ilegal de entorpecentes sua fonte complementar de renda.** Ora, o crack é vendido em porções ínfimas. A somatória das porções releva escala considerável de venda, a afastar a ideia do pequeno traficante prevista no redutor legal.

As declarações juntadas aos autos de que à época dos fatos exercia atividade lícita que lhe garantia o sustento, não afasta, por si só, a habitualidade do crime em comento. Ademais, os entorpecentes foram encontrados em diversos locais da residência e o réu tinha uma balança de precisão, a evidenciar a reiteração e habitualidade no crime.

Por seu turno, a Corte estadual manteve o afastamento da minorante sob a seguinte motivação (fl. 26, destaquei):

Ressalte-se que, apesar de primário, a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, as circunstâncias em que se deu a apreensão, bem como à apreensão da balança de precisão, demonstraram, inequivocamente, a sua dedicação à atividade criminosa, permitindo concluir que ele não se tratava de traficante ocasional ou marinheiro de primeira viagem, mas sim que fazia do ilícito o seu meio de vida, ficando afastada a aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06.

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).

Embora o Juízo singular e o Tribunal de origem hajam afirmado que o réu se dedicaria de modo habitual ao comércio de substâncias como a apreendida na data dos fatos, **não indicaram 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 – **cerca de 20 g de crack** – 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. Consectário – regime inicial de cumprimento

O acusado era primário ao tempo do delito, teve a pena-base fixada 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 crime praticado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

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**.

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

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**