HABEAS CORPUS Nº 490.366 - SP (2019/0020626-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - SP329880
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JANDERSON FERRAZ GOMES (PRESO)

DECISÃO

JANDERSON FERRAZ GOMES alega sofrer coação ilegal no seu direito a locomoção, em face de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0000494-16.2017.8.26.0535.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de **5 anos de reclusão, no regime inicial fechado**, mais multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal perante o Tribunal de origem, que, à unanimidade, negou-lhe provimento, a fim de manter inalterada a sentença condenatória.

Nas razões deste *mandamus*, sustenta o impetrante, resumidamente, a ilegalidade da dosimetria, sendo de rigor a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 no patamar máximo, pois o paciente é primário, não ostenta maus antecedentes criminais, não integra organização criminosa, tampouco faz do tráfico seu meio de subsistência. Salienta que "[a] quantidade e a variedade de entorpecentes não são requisitos para a aplicação do benefício em comento, além de, no caso concreto, a quantidade ser bastante baixa (peso líquido)" (fl. 6).

Aduz, ademais, que deveria ser fixado ao sentenciado regime inicial menos gravoso de cumprimento da sanção reclusiva, haja visto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, ou seja, com a avaliação favorável de todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Requer, assim, seja refeita a dosimetria da pena, com a consequente colocação do réu em regime mais brando e com a substituição da sanção reclusiva por medida restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida, consoante decisão de fls. 73-74.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem (fls. 98-102).

Decido.

I. A minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

O Juízo singular vedou o benefício com base nos argumentos que se seguem (fl. 41, destaquei):

> O acusado não faz jus à diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, art. 33, Lei n. 11.343/06, vez que consoante se depreende dos autos o acusado se dedicava à atividade criminosa como meio de vida. **Em nenhum momento comprovou o exercício de qualquer atividade lícita**. Em Juízo, qualificou-se como desempregado. A enorme **quantidade e variedade de drogas apreendidas com acusado**, bem como a vultosa quantia em dinheiro apreendida (mais de mil reais) revelam não ser ele um iniciante.
> Não bastasse isso, a expressiva **quantidade das drogas apreendidas e seu alto potencial lesivo (notadamente a cocaína)** inviabilizam no presente caso a aplicação do referido dispositivo legal, a teor do que estabelece o art. 42 do mesmo diploma.

Corte de origem, a seu turno, manteve inalterada a sentença condenatória nos seguintes termos (fl. 66, destaquei):

> Quanto a aplicação do redutor previsto no § 4º, art. 33, da Lei 11.343/06, a r. sentença recorrida de modo adequado o afastou por ausência de requisito legal.
> Frise-se que **o réu possuía e trazia consigo cocaína, em pó, e maconha**, em típica atividade de comercialização de drogas, evidenciando a habitualidade no comércio ilícito de drogas, razão pela qual ausente requisito legal para sua

concessão.

Para a aplicação da minorante em comento, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não 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 propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "A *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06." (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T, DJe 14/4/2014).

Nesse contexto, as instâncias ordinárias afastaram o benefício com fundamento no **fato de o paciente não ter comprovado ocupação lícita e em razão da quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos**.

Contudo, o simples fato de ele não haver comprovado o exercício de atividade lícita à época dos fatos não pode, evidentemente, levar à conclusão contrária, qual seja, a de que se dedica a atividades criminosas, até porque o desemprego, diante da realidade social brasileira, representa, na verdade, um infortúnio de boa parte da população, e não algo tencionado.

Nesse sentido, menciono o seguinte julgado desta Corte Superior de Justiça: **AgRg no HC n. 382.724/SP**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 27/9/2017.

Quanto ao fundamento relativo ao vulto e à natureza das drogas apreendidas, não desconheço o entendimento segundo o qual **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** e, consequentemente, 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. Exemplificativamente: STJ, **AgRg no AREsp n. 359.220/MG**, Rel. Ministra

Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 17/9/2013; STF, **HC n. 111.666/MG**, Rel. Ministro **Luiz Fux**, DJe 23/5/2012.

Contudo, ao contrário do que afirmaram as instâncias ordinárias, considero que a quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente – **20,4 gramas de maconha e 26,9 gramas de cocaína** – não se mostra excessivamente elevada a ponto de, **por si só**, levar à conclusão de que ele se dedica a atividades criminosas, notadamente quando verificado que, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes e que, no contexto da prisão em flagrante, não foram apreendidos outros apetrechos destinados à traficância.

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), **situação que entendo devidamente caracterizada nos autos.**

Assim, deve ser concedido o habeas corpus nesse ponto, a fim de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas **no patamar máximo de 2/3.** Apenas ressalto que estou fixando a maior redução prevista em lei, porque a quantidade de drogas apreendidas não foi expressiva – **20,4 g de maconha e 26,9 g de cocaína** – e porque não constam dos autos elementos que evidenciem não ser o paciente traficante eventual.

Por fim, apenas *ad cautelam*, ressalto que, **especificamente no caso dos autos**, a conclusão pela possibilidade de aplicação do referido redutor não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento, de fato, vedado na via estreita do habeas corpus. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a **revaloração 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 acerca dos fundamentos apontados pelas instâncias ordinárias para negar ao paciente a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

II. Nova dosimetria

Procedendo-se, pois, à nova dosimetria da pena, verifico que a reprimenda-base ficou estabelecida no mínimo legal, ou seja, em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa. Na segunda fase, não há nenhuma agravante ou atenuante. Na terceira etapa, reduzo a reprimenda em 2/3, em decorrência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tornando a pena do acusado definitivamente estabelecida em **1 ano e 8 meses reclusão e pagamento de 166 dias-multa.**

III. Consectários – regime e substituição

Como consectário da redução efetivada na pena do paciente, deve ser procedido ao 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, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal, foi beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e foi apreendido com quantidade de drogas reduzida, **deve ser fixado o regime inicial aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao preconizado pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Da mesma forma, entendo que a favorabilidade das circunstâncias mencionadas evidencia que a substituição da pena se mostra medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal, de maneira que deve ser concedido o habeas corpus também para determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por **duas** restritivas de direitos, **as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais**, à luz das peculiaridades do caso concreto.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo a ordem**, a fim de: a) aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do paciente para **1 ano e 8 meses de**

reclusão e pagamento de 166 dias-multa; b) fixar o regime aberto de cumprimento de pena; c) determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**