HABEAS CORPUS Nº 501.263 - SP (2019/0088733-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LUCIANA ANGELO ALMEIDA SANTOS - SP249568
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JEFFERSON DE OLIVEIRA FORTUNATO

DECISÃO

JEFFERSON DE OLIVEIRA FORTUNATO alega sofrer constrangimento ilegal em decorrência de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0022850-05.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado a 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática do delito de tráfico de drogas.

Busca a defesa a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida e, diante da suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Decido.

I. Minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas

O Juiz sentenciante indeferiu o pedido de incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas pelos seguintes fundamentos (fls. 25-26):

> Descabido o reconhecimento do crime na forma privilegiada.
> Nesse sentido, não se trata o réu de casual mercador da

> droga, antes, porém, com atuação flagrada em local definido pelos policiais civis como ponto de traficância, atividade exercida com domínio territorial, em detrimento de reiteradas prisões por crime dessa espécie, vencido, portanto o Estado em repressão ao crime, substituindo-se agentes da traficância em menos de meia hora após a prisão em flagrante.
> Inconteste prova de dedicação à traficância e inserção na cadeia delitiva de crime organizado, guardadas as proporções hierárquicas do crime ainda não alcançadas pelo réu e, em tese, à polícia investigativa, não se olvidando que basta ao usuário deixar de efetuar o pagamento por uma porção e, assim, a execução do valor se faz á margem da lei, bem como, o ingresso em meio a pares dessa espécie de crime é precedido de escolha minuciosa e admitido apenas aquele que oferte experiência hábil a garantir a impunidade de seus colegas de mercancia, como ora se apresenta o réu, fundamento pelo qual não aplico a redução na forma prevista no artigo 33 parágrafo 4º da Lei 11.343/06.

O Tribunal de origem manteve, nesse ponto, a sentença, sob o seguinte argumento (fl. 35, grifei):

> Apesar da sua condição de primariedade, impossível a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que, pelos elementos probatórios colhidos nos autos, não pode de forma alguma, o apelante ser considerado como traficante ocasional, pois, **pela quantidade de porções de drogas apreendidas em poder dele, ou seja, 38 (trinta e oito) invólucros plásticos contendo maconha, pesando 81,6 grs. (oitenta e um gramas e seis decigramas) e 59 (cinquenta e nove) invólucros plásticos contendo cocaína, pesando 17,7 grs. (dezessete gramas e sete decigramas)**, prontas para o comércio, seriam, de fato, comercializadas, restando suficientemente demonstrado que realmente se dedicava à atividade criminosa, fazendo do tráfico seu meio de vida, não se podendo olvidar, repita-se, que se declarou ser desempregado (fls. 09).

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 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, esta Corte Superior de Justiça firmou 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, pois 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 afirmou a Corte local, considero que a quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente – **81,6 de maconha e 17,7 g de cocaína** – não é excessivamente elevada a ponto de, **por si só**, concluir que ele se dedica a atividades delituosas ou integra organização criminosa, 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.**

Por essas razões, uma vez que não foi apontado nenhum **fundamento concreto e idôneo** que, de fato, permitisse a conclusão de que o paciente se dedicaria a atividades delituosas ou integraria organização criminosa, 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 em seu favor, inclusive **no patamar máximo de 2/3.**

Ressalto que estou fixando a maior redução prevista em lei

porque: a) não constam dos autos elementos que evidenciem não ser o paciente traficante eventual; b) no contexto da prisão em flagrante, não foram apreendidos outros apetrechos destinados ou relacionados à traficância, tais como armamentos, balança de precisão ou anotações acerca da contabilidade do tráfico de drogas.

A propósito, 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, destaquei), **situação que entendo devidamente caracterizada nos autos.**

Por fim, apenas *ad cautelam*, friso 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, requer 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 sobre os fundamentos apontados pelo Tribunal de origem 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

Em decorrência da modificação efetivada anteriormente, deve ser realizada a nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, 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. Consequentemente, fica pena da acusada definitivamente estabelecida em **1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa.**

III. Consectários – regime e substituição

Como consectário da redução efetivada na pena do paciente, 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 primária ao tempo do delito, foi beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e apreendido com quantidade de drogas não excessivamente elevada, **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, de acordo com o 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, **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, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**