HABEAS CORPUS Nº 497.183 - SP (2019/0065557-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	OTAVIO ARAUJO DE PAULO
ADVOGADO	:	OTAVIO ARAUJO DE PAULO - SP401008
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GABRIEL SANTO GONCALVES

DECISÃO

GABRIEL SANTO GONÇALVES alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0038829-70.2018.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006. O caso diz respeito à apreensão de 14,8 g de cocaína, 11,5 g de maconha.

Busca-se, por meio deste *writ*, seja: a) aplicada em 2/3 a minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas; b) fixado o regime aberto; c) determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida a fim de assegurar ao paciente que aguarde no regime semiaberto o julgamento final deste habeas corpus.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

Decido.

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

O Juiz sentenciante assim fundamentou a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, *in verbis* (fl. 171):

> As circunstâncias prisionais apontadas em sede de instrução criminal, mais precisamente, ponto de tráfico de drogas, expõem a periculosidade com que o réu se coloca

> em meio ao convívio social, postando-se, de forma audaciosa, como representante do domínio criminoso em via pública, desfrutando do convívio criminal acima de qualquer suspeita quanto á periculosidade silenciosa que lhe é ínsita.
> Confiança inexoravelmente precedida de dedicação à atividade criminosa, com experiente capacidade de contribuir para o poderio econômico de criminosos financiadores da desordem e comprometimento à ordem e saúde pública, exercendo o réu papel relevante ao sucesso delitivo, fundamentos que consigno para afastar a redução prevista no artigo 33 parágrafo 4º da Lei 11.343/06, como acima expus.

O Tribunal de origem manteve, nesse ponto, a sentença, conforme fundamentos a seguir (fl. 232):

> No caso dos autos, portanto, ficou demonstrado que o apelante não pode, de forma alguma, ser considerado como traficante ocasional, notadamente diante das circunstâncias em que foi surpreendido pelos policiais, ou seja, tentando livrar-se dos ilícitos, bem como ter sido abordado em local conhecido pela traficância, conforme correta fundamentação da Magistrada de primeiro grau [...].

Conforme visto, a instância ordinária justificou a não incidência do benefício em comento em argumentos genéricos e na informação de haver sido o réu abordado em local conhecido pela traficância. No entanto, esse argumento, por si só, não comprova a dedicação do acusado à atividade criminosa.

Por essas razões, uma vez que não foram apontados **fundamentos concretos e idôneos** que, de fato, permitisse a conclusão de que o paciente se dedicasse a atividades delituosas ou de que integrasse 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) a quantidade de drogas apreendidas não foi excessiva (**14,8 g de cocaína** e **11,5 g de maconha**); b) não constam dos autos elementos que evidenciem não ser a paciente traficante eventual; c) 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 pelas instâncias 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 e, mesmo havendo a presença da atenuante da menoridade, a sanção não deve ser fixada abaixo do mínimo legal, em obediência à Súmula n. 231 do STJ. Na terceira etapa, aumento a sanção em 1/6, tal como efetivado pelas instâncias ordinárias, em razão da majorante descrita no inciso VI do art. 40 da Lei de Drogas, e, na sequência, 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, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 195 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 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 apreendido com quantidade de drogas não expressiva, **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 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, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 195 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**