

HABEAS CORPUS Nº 505.182 - SP (2019/0111202-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN DE JESUS TELES

DECISÃO

JEAN DE JESUS TELES alega sofrer coação ilegal diante do acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 1501328-39.2017.8.26.0536.

Consta dos autos que o paciente foi condenado a 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito de tráfico de drogas. Os autos noticiam a apreensão de **23 pedras de crack, 31 *ependorfs* com cocaína e 1 porção de maconha.**

Busca a defesa a fixação da pena-base no mínimo legal; a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em sua maior fração, e a fixação de regime menos gravoso. Liminarmente, requer possa o réu aguardar em liberdade o julgamento deste *writ*.

A liminar foi deferida a fim de assegurar ao insurgente que cumpra no regime semiaberto o julgamento final desta impetração.

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

Decido.

I. Pena-base

Em princípio, saliento que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal. Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto e, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não se deve furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie –, o juiz deve considerar, ainda, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, o Juiz sentenciante fixou a reprimenda-base do réu acima do mínimo legal, em razão da "quantidade e variedade de drogas apreendidas" (fl. 26), 3,2 g de maconha, 3,6 g de crack e 16 g de cocaína (fl. 21).

Não se desconhece que, segundo o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, "O Juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, **a natureza e a quantidade** da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

No entanto, embora a quantidade de substâncias apreendidas constitua, de fato, elemento preponderante a ser considerado na dosimetria da sanção, entendo que **o montante de substâncias apreendidas não foi excessivo**, de maneira que se mostra **manifestamente desproporcional sopesar, na situação**, apenas essa circunstância para justificar a exasperação da pena-base.

Nesse contexto, entendo que deve ser concedida a ordem, a fim de reduzir a pena-base do paciente para o mínimo legalmente previsto, ou seja: **5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa**, porquanto todas as demais circunstâncias judiciais lhe foram tidas como favoráveis.

Apenas *ad cautelam*, esclareço que a concessão da ordem – nos termos em que delineados anteriormente – em nenhum momento traduz inobservância ao princípio do livre convencimento motivado; trata-se, na

verdade, de controle de legalidade dos critérios empregados pela Corte estadual na dosimetria da pena, bem como de correção – perfeitamente possível em recurso especial – de uma **evidente discrepância** na reprimenda imposta ao acusado.

A propósito, destaco que, segundo entendimento do 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. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, **bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores**" (RHC n. 115.654/BA, Rel. Ministra Rosa Weber, 1ª T., DJe 21/11/2013).

II. Fração da minorante

Segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, "Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Assim, observa-se que o dispositivo legal estabelece apenas os requisitos necessários para a aplicação da minorante nela prevista, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a fixação do *quantum* de diminuição de pena.

Nesse sentido, tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, **as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.**

A propósito, confira-se o seguinte julgado: **AgRg no REsp n. 1.429.866/MT**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 1º/6/2015.

Na hipótese, a instância ordinária entendeu devida a

incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na **fração de 1/2**, "dada a atividade exercida pelo réu, a qual acarreta sérios danos à incolumidade pública, bem como a considerável quantidade e diversidade de drogas apreendidas" (fls. 26-27).

Embora tais argumentos constituam, de fato, elemento concreto e idôneo a justificar a eleição da fração do redutor, **o montante de substâncias encontrado com o acusado não foi excessivo** – 3,2 g de maconha, 3,6 g de crack e 16 g de cocaína. Considero, assim, **desproporcional sopesar, no caso ora analisado**, apenas essa circunstância para justificar a incidência da minorante no patamar de 1/2.

Assim, identifico a contrariedade ao § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e **fixo a fração de diminuição de reprimenda no patamar de 2/3**.

III. Nova dosimetria

Pelas razões expostas, verificada a inadequação da análise das circunstâncias judiciais, **fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa**.

Na segunda fase, presentes a atenuante da menoridade, mantenho a reprimenda no mesmo patamar, em atenção à Súmula n. 231 do STJ.

Na terceira etapa, inexistentes justificativas de aumento e pelos fundamentos acima, reduzo a sanção em 2/3, em decorrência da causa especial de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, **a fim de tornar a pena do acusado definitivamente estabelecida em 1 ano e 8 meses de reclusão mais pagamento de 166 dias-multa**.

IV. 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.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem**, a fim de: a) reduzir a pena-base ao mínimo legal; b) 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**; c) fixar o regime aberto de cumprimento de pena; d) 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), 11 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**