

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 480.876 - SP (2018/0314399-5)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : MARCELO AUGUSTO SILVA GALVAO
ADVOGADOS : MARCELO AUGUSTO SILVA GALVÃO - SP311312
FELIPE DA SILVA BARROS CAPUCHO - SP355706
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO VITOR BRENO DE CARVALHO (PRESO)

DECISÃO

JOÃO VITOR BRENO DE CARVALHO, paciente neste habeas corpus, 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. 0000260-67.2017.8.26.0621.

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.

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.

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 conseqüente colocação do réu em regime mais brando e com a substituição da sanção reclusiva por medida restritiva de direitos.

A **liminar foi deferida**, consoante decisão de fls. 56-58, para que o réu aguardasse no regime semiaberto o julgamento final deste feito.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem (fls. 63-66).

Decido.

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

O Juiz sentenciante assim fundamentou a impossibilidade de incidência do redutor em questão, *in verbis* (fl. 18, destaquei):

Na última fase, não existem causas de diminuição de pena a considerar. Justifico a ausência de aplicação da redução de pena nos moldes do artigo art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06, porque o acusado não atende aos requisitos dispostos, visto que, **a quantidade da substância entorpecente apreendida**, bem como as circunstâncias da prática delitiva, **demonstram dedicação à atividade criminosa de comércio ilícito de drogas.**

A Corte estadual, por sua vez, manteve o entendimento de que seria inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição de pena, nos termos a seguir descritos (fl. 27, destaquei):

No mais, não faz jus o apelante à concessão da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois ausentes os requisitos legais.

Isto porque, para a aplicação do referido redutor legal, é indispensável que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Não resta dúvida de que tal causa de diminuição de pena é de ser aplicada apenas àquele que tenha praticado o delito de maneira isolada, como um pequeno deslize em sua vida, ainda que penalmente punível.

Aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida, mesmo que não tragam em sua folha de antecedentes condenações por outros crimes, não fazem jus ao benefício.

A causa de redução deve ser aplicada em caráter excepcional, em situações específicas, quando não houver dúvidas de que o réu veio a cometer o ato como um desvio em sua vida, e não de modo contumaz e habitual.

No caso dos autos, ficou demonstrado que **o apelante não pode, de**

forma alguma, ser considerado como traficante ocasional, pois consigo foi apreendido grande quantidade de droga (32 eppendorfs de cocaína).

Além disso, os policiais militares que fizeram a abordagem do apelante, afirmaram que aquele local é conhecido como “ponto de drogas”, bem como já haviam visto o apelante diversas vezes por ali, demonstrando nos autos que vinha ele se dedicando à atividade criminosa.

Com efeito, 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, 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, conseqüentemente, 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 – **29,67 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.

Superior Tribunal de Justiça

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 tão expressiva 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 **reavaliação 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 e relativamente menor, 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 não tão 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, 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; e 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), 1º de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**