

HABEAS CORPUS Nº 485.659 - MG (2018/0341674-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : GLEISSON RICARDO SOUZA

DECISÃO

GLEISSON RICARDO SOUZA alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** (Apelação Criminal n. 1.0024.16.079498-8/001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Requer, liminarmente e no mérito, **seja fixada a pena-base no mínimo legal, aplicada a redutora, fixado regime inicial menos gravoso e substituída a pena.**

A liminar foi indeferida e, dispensadas as informações, os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que opinou pela concessão da ordem.

Decido.

I. A pena-base

A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 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, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se 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 e 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, verifico que o Tribunal de origem assim fundamentou a aplicação da pena-base do paciente acima do mínimo legal, *in verbis* (fl. 384, grifei):

Na primeira fase, entendo que a culpabilidade é própria do tipo penal. Por outro lado, o acusado possui bons antecedentes (fls. 155). Não foram juntados aos autos elementos que permitam aferir-lhe a conduta social e a sua personalidade. Os motivos também são ínsitos ao tipo, assim como as circunstâncias e consequências. Por fim, **nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, não pode ser desprezada a quantidade do tóxico apreendido e a natureza altamente lesiva do entorpecente.**

Dos trechos anteriormente transcritos, verifico que o Tribunal de origem, ao analisar as circunstâncias judiciais, considerou desfavoráveis a **quantidade e a natureza da droga apreendida.**

No entanto, embora a quantidade e a natureza do entorpecente constituam, de fato, elementos preponderantes a serem considerados na dosimetria da pena e não obstante a natureza da substância apreendida em poder do paciente – cocaína – seja, realmente, dotada de alto poder viciante, entendo que a quantidade da referida substância **não foi tão expressiva (23,10 g) a ponto de justificar o aumento da pena-base**, de maneira que se mostra **manifestamente desproporcional sopesar, no caso ora analisado**, apenas tais elementos para justificar a exasperação da

pena-base.

Ademais, entendo que a apreensão de certa quantidade de drogas, em contexto como o dos autos, é **inerente ao próprio crime** previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, até porque o delito em questão exige, para fins de comprovação da sua materialidade, a apreensão de droga e a realização de laudo toxicológico definitivo, conforme entendimento, aliás, externado no **AgRg no REsp n. 1.448.529/RJ**, de relatoria da Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (DJe 23/4/2015).

Nesse contexto, evidencio a ocorrência do apontado constrangimento ilegal, 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 lhes foram tidas como favoráveis.

II. Minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

No tocante ao almejado reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o Tribunal de origem entendeu pela não incidência do redutor pelos seguintes fundamentos (fl. 385, grifei):

Conforme se extrai das provas juntadas aos autos, máxime diante das declarações dos policiais, do relatório de vida pregressa do acusado (fls. 49/51) e do relatório circunstanciado de investigação (fls. 96/97), resta evidenciado que o mesmo já vinha se dedicando ao comércio ilegal de entorpecentes, já tendo inclusive cumprido pena pela prática do delito, o que desautoriza a concessão do aludido benefício.

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

§ 4º 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.

Vale dizer, 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.

Sobre a matéria posta em discussão, cumpre destacar que 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).

No caso, não obstante o acusado fosse tecnicamente primário ao tempo do delito, o Tribunal de origem entendeu pela não incidência do redutor, "**diante das declarações dos policiais, do relatório de vida pregressa do acusado (fls. 49/51) e do relatório circunstanciado de investigação (fls. 96/97), resta evidenciado que o mesmo já vinha se dedicando ao comércio ilegal de entorpecentes, já tendo inclusive cumprido pena pela prática do delito**" (fl. 385, grifei).

Dessa forma, considero que há nos autos elementos concretos que indicam a dedicação do acusado a **atividades criminosas**.

Não se discute que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possua o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Essa, aliás, é a essência do princípio da presunção de não culpabilidade.

Contudo, não vejo óbice a que a existência de processos em andamento ou mesmo de inquéritos criminais possa, **à luz das peculiaridades do concreto concreto**, ser considerada elemento apto a demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de reiteração delitiva (ensejando, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública) ou mesmo para evidenciar, **como no caso**, a dedicação do acusado a atividades criminosas.

Ademais, imperioso o registro de que tais elementos – feitos criminais em curso ou inquéritos criminais – podem afastar o redutor **não por ausência de preenchimento dos dois primeiros requisitos elencados pelo legislador, quais sejam, a primariedade e a existência de bons antecedentes**, mas pelo descumprimento do terceiro e/ou do quarto requisito exigido pela lei, que é a ausência de dedicação do acusado a atividades delituosas e a sua não integração em organização criminosa.

Em casos semelhantes, este Superior Tribunal também tem afastado a incidência da causa especial de diminuição de pena em comento, consoante trecho a seguir descrito:

No caso, não obstante o acusado fosse tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, a Corte estadual entendeu incabível a aplicação da minorante em comento, sob o fundamento de que **"a existência de diversos processos criminais por tráfico de drogas em desfavor do acusado suscita importante suspeita de sua dedicação a atividades criminosas"** (fl. 445).

Dessa forma, verifico que **foram apontados elementos concretos que indicam a dedicação do agravante a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas**, de modo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o acusado não se dedicaria a atividades delituosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada em recurso especial, a teor da **Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça**.

[...]

(AgRg no AREsp n. 693.421/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti, DJe 27/10/2015, destaquei).

A mesma compreensão tem sido adotada também pelo **Supremo Tribunal Federal**, conforme precedente abaixo colacionado:

Penal e constitucional. Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Afastamento: paciente dedicado a atividades criminosas. Extensa ficha criminal revelando inquéritos e ações penais em andamento. Ausência de ofensa ao princípio da presunção de inocência. dosimetria da pena, substituição por restritiva de direitos e regime aberto: Questões não examinadas pelo Tribunal *a quo*. Não conhecimento.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que “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”.

2. **In casu, a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação, por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte: RHC 94.802, 1ª Turma, Rel. Min. MENEZES DE DIREITO, DJe de 20/03/2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 14/02/2012, entre outros.**

3. Os temas atinentes à dosimetria da pena, à substituição por restritiva de direitos e ao regime aberto não foram examinados no Tribunal a quo, por isso são insuscetíveis de conhecimento, sob pena de supressão de instância.

4. Habeas corpus conhecido em parte e denegada a ordem nessa extensão.

(HC n. 108.135/MT, Rel. Ministro **Luiz Fux**, 1ª T., DJe 27/6/2012, grifei).

Apenas *ad cautelam*, faço o registro de que, de acordo com debates realizados por esta colenda Sexta Turma na sessão de julgamento do dia 6/9/2016, nos autos do **AgRg no AREsp n. 919.464/BA**, não é a simples existência de uma condenação anterior ou de um processo em andamento que, por si só, será suficiente para autorizar a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas, notadamente quando o crime anterior – uma lesão corporal leve, por exemplo – em nada interferir na compreensão de que se trata de um pequeno traficante ou de um traficante ocasional.

Na verdade, trata-se de permitir ao julgador que, dentro de sua discricionariedade juridicamente vinculada, possa livremente valorar as provas carreadas aos autos e os demais dados constantes do processo – inclusive os depoimentos de testemunhas ou mesmo as confissões do próprio acusado – para, se for o caso, se convencer de que o agente não é merecedor do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por se dedicar a atividades criminosas.

Desse modo, verifico que **foram apontados elementos concretos que indicam a dedicação do paciente a atividades criminosas.**

Portanto, fica afastado o apontado constrangimento ilegal,

porquanto a não aplicação da causa especial de diminuição de pena ocorreu de forma concretamente motivada.

III. Nova dosimetria

Assim, em decorrência da redução efetivada na reprimenda-base do paciente, entendo que deve ser procedida a nova dosimetria da pena.

Conforme salientado, a reprimenda-base do acusado ficou estabelecida em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa. Na segunda etapa, não há agravantes ou atenuantes. Na terceira etapa, também não há causas de aumento ou diminuição da reprimenda, **tornando a pena do acusado definitivamente estabelecida em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.**

IV. Regime inicial de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

Diante do insucesso da tese recursal que poderia levar à redução da reprimenda privativa de liberdade, ficam mantidos o regime inicial semiaberto, nos termos dos arts. 33, § 2º, "b", e 59, ambos do Código Penal, e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

V. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo em parte a ordem**, a fim de fixar a pena-base no mínimo legal e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do paciente para **5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa** (Processo n. 0024.16.079.498-8, da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Belo Horizonte – MG).

Comunique-se, com urgência.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**