HABEAS CORPUS Nº 488.849 - SP (2019/0007576-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIELE CRISTINA DO NASCIMENTO SILVA PICHININ - SP316106
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ITALO DIEGO DE SOUZA (PRESO)

DECISÃO

ITALO DIEGO DE SOUZA alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** nos autos da Apelação Criminal n. 0001772-37.2017.8.26.0540.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais multa, por infração ao art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Em apelação, o Tribunal de origem, negou provimento ao recurso da defesa e deu provimento ao apelo ministerial, para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena e, consequentemente, aumentar a reprimenda para **5 anos e 10 meses de reclusão**, fixado o regime inicial fechado.

Busca-se, por meio deste *writ:* **a) a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas; b) a fixação de regime inicial aberto e c) a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos**.

A liminar foi indeferida e, prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, "a fim de que se restabeleça na íntegra a dosimetria apresentada pelo Magistrado de 1º grau na sentença condenatória" (fl.466).

Decido.

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

No que se refere à pretendida incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, o Tribunal de origem assim

fundamentou o afastamento do redutor, *in verbis* (fl. 41-42, grifei):

> O réu não faz jus ao benefício previsto no § 4º do artigo 33, da Lei n° 11.343/06, razão pela qual afasto a aplicação do redutor nesse momento.
> Aqui, diferentemente da primeira fase da dosimetria penal, em que considerei a exorbitante quantidade de entorpecentes, **afasto o redutor supramencionado ante a natureza das drogas, em especial a cocaína.**
> Ora, a cocaína, substância com alto poder viciante, destrutivo e vulnerante; possui natureza deletéria diferenciada de outras substâncias entorpecentes, apta a atingir um número significativo de usuários, disseminando o vício na sociedade e causando grave perigo ao bem jurídico da saúde pública, razão pela qual deve o Estado manter uma postura mais rígida diante deste tipo de crime e, em especial, deste tipo de entorpecente.

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 e 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, a Corte estadual negou a incidência do referido redutor com base na natureza da droga apreendida. Contudo, **em nenhum momento, afirmou, textualmente, que não caberia a diminuição de pena por integrar o réu organização criminosa ou se dedicar a atividades delituosas**.

Dessa forma, tal circunstância não poderia ensejar a conclusão de que o paciente se dedica a atividades criminosas, notadamente quando verificado que, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes.

Por tais razões, uma vez que não foram apontados elementos concretos dos autos que, efetivamente, justificassem o afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, **entendo evidenciado o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente, motivo pelo qual reconheço a incidência da minorante em questão em favor do acusado**.

Procedendo-se, pois, à nova dosimetria da pena, verifico que a reprimenda-base do paciente ficou estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa (fl. 41). 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, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 195 dias-multa**.

II. Consectários – regime e substituição

Quanto à fixação do regime de cumprimento da pena, embora o acusado haja sido definitivamente condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, entendo que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal), bem como a quantidade de entorpecentes apreendidos (417 g de maconha e 212,2 g de cocaína – fl. 72) recomendam a aplicação do **regime inicial semiaberto,** nos termos dos arts. 33, § 3º, e 59, ambos do Código Penal, e 42 da Lei n. 11.343/2006.

Pelos mesmos motivos, entendo que a **substituição da pena**

privativa de liberdade por restritiva de direitos não é medida socialmente recomendável, conforme art. 44, § 2º, do Código Penal.

III. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo em parte 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, 10 meses e 11 dias de reclusão e pagamento de 195 dias-multa e b) fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena (Processo n. 0001772-37.2017.8.26.0540, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santo André – SP).

Comunique-se, com urgência.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**