HABEAS CORPUS Nº 501.345 - SP (2019/0089337-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		DANIELLE CRISTINA UEMURA - SP234990
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALLAN ALEXANDRE DA COSTA

DECISÃO

ALLAN ALEXANDRE DA COSTA alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação Criminal n. 0024666-22.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi absolvido em primeira instância da imputação constante da denúncia, com fundamento no art. 386, VII, do CPP. Em apelação, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial, para condenar o acusado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Busca-se, por meio deste *writ*, liminarmente e no mérito: **a) a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo; b) a fixação de regime menos gravoso e c) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**.

A liminar foi indeferida e, dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem e, caso conhecida, pela denegação do *writ*.

Decido.

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

Quanto ao almejado reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o Tribunal de origem manteve a não incidência do redutor pelos seguintes fundamentos (fl. 42, grifei):

> O apelado Allan também não faz jus à minorante. De fato, **o apelado, após ter sido beneficiado com a liberdade provisória, foi preso no mesmo local, por delito semelhante**; soma-se a isso o fato de o réu declarar-se desempregado na fase policial[8] e não ter comprovado o exercício de qualquer atividade lícita durante a instrução, tudo a demonstrar intensa dedicação à atividade criminosa, o que veda a aplicação do redutor.
> Não é o apelado Allan, à toda evidência, o traficante principiante, a quem se destina o apenamento mais brando.

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 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).

Na espécie, constato que o Tribunal de origem entendeu pela não incidência da minorante, pois " **o apelado, após ter sido beneficiado**

com a liberdade provisória, foi preso no mesmo local, por delito semelhante" (fl. 42).

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 **Rogerio 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.

II. Regime inicial de cumprimento de pena

Quanto à pretendida imposição de regime menos gravoso de cumprimento de pena, o Tribunal de origem fixou o modo inicialmente **fechado**, conforme trechos abaixo (fls. 43-44, grifei):

> Com efeito, as circunstâncias concretas do fato em tela, de si, bastam a inviabilizar a imposição de regime menos severo, notadamente a **dedicação à atividade criminosa e o tráfico de droga altamente perniciosa {cocaína), praticado em concurso de agentes, em plena luz do dia**. Para Adriano, some-se a recidiva.

Imperioso salientar que, uma vez reconhecida,

incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, constato que o Tribunal de origem, ao fixar o regime inicial fechado, considerou "a **dedicação à atividade criminosa e o tráfico de droga altamente perniciosa {cocaína), praticado em concurso de agentes, em plena luz do dia**" (fl. 44, grifei).

Contudo, embora hajam sido mencionados fundamentos concretos e idôneos, entendo que o regime inicial fechado se mostra excessivamente gravoso no caso. Isso porque o paciente era tecnicamente **primário** ao tempo do delito, teve a **pena-base estabelecida no mínimo legal** (fl. 37), foi condenado à **pena de 5 anos** de reclusão e a quantidade de entorpecente apreendido (**2,7 g de maconha e 16,1 g de cocaína**) não foi tão expressiva a ponto de, por si só, evidenciar a maior reprovabilidade da conduta perpetrada.

Portanto, à luz das particularidades do caso concreto, entendo que o regime inicial **semiaberto** é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

III. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

No tocante ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade aplicada por restritiva de direitos, entendo inviável a concessão do benefício, haja vista que o paciente foi definitivamente condenado a reprimenda de 5 anos de reclusão, **superior**, portanto, ao limite objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo em parte a ordem**, para fixar o regime inicial semiaberto

de cumprimento de pena (Processo n. 0024666-22.2017.8.26.0050, da 17ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo – SP).

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias de origem para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**