

**HABEAS CORPUS Nº 513.849 - SP (2019/0160884-1)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**VICTOR LUIZ OLIVEIRA DA PAZ - BA033512**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : LEANDRO MATIAS (PRESO)**

**DECISÃO**

**LEANDRO MATIAS** alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 3006458-81.2013.8.26.0533).

Consta dos autos que o paciente foi condenado 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.

Pleiteia a defesa, neste *writ*, **a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena.**

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

**Decido.**

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

O Juiz sentenciante assim fundamentou a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, *in verbis* (fl. 149, grifei):

Muito embora seja o acusado tecnicamente primário, vê-se, pelos elementos colhidos, que ele se dedicava às atividades criminosas, **não comprovou que possuía atividade lícita**, não trazendo nenhum indício de seu trabalho lícito. Note-se que **não é o primeiro envolvimento do acusado com o tráfico. Quando**

**adolescente já praticava o comércio espúrio**, merecendo uma reprimenda superior e não fazendo jus ao benefício previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06; que deve beneficiar aquele que comete um deslize, mas não possui sua personalidade comprometida, o que não é o caso do acusado.

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a sentença condenatória, considerando que, "diante da **grande quantidade de drogas**, as reprimendas foram fixadas em consonância com os critérios definidos em lei, em montante adequado para a reprovação e prevenção do crime por ele cometido, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, c.c. o artigo 59 do Código Penal, não merecendo reparo em seu *quantum*" (fl. 254, grifei).

Com efeito, 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. 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).

No caso, conforme visto, as instâncias ordinárias – dentro do seu livre convencimento motivado – apontaram **elementos concretos** dos autos que evidenciam que **as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão** não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a **atividades criminosas**, notadamente ao narcotráfico. Isso em razão da quantidade da droga apreendida e, ainda, porque ele, quando adolescente, esteve envolvido com a prática de ato infracional análogo ao delito de tráfico de drogas, motivo pelo qual não há como reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu favor.

Ressalto, ademais, que esta Corte Superior de Justiça tem, reiteradamente, decidido, **por ambas as Turmas**, que a existência de registros por atos infracionais **é elemento hábil a evidenciar a dedicação do agente a atividades delituosas** e, por conseguinte, a impedir a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Exemplificativamente, menciono:

2. A causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06 poderá ser aplicada quando cumpridos os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não dedicar-se a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Na hipótese dos autos, verifica-se que o Magistrado sentenciante destacou que o paciente, embora não possua condenação definitiva, não possui bons antecedentes, pois, **quando menor de idade, respondeu a diversos atos infracionais, todos por tráfico de drogas, o que demonstra que possui vida pregressa de dedicação à atividade criminosa**. Dessa forma, verifico que não há ilegalidade na vedação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, haja vista que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a negativa da benesse, vedada em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa. Precedentes. Ademais, para se acolher a tese de que a paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 431.001/RS, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, 5ª T., DJe 23/3/2018).

[...]

4. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o registro de atos infracionais é elemento idôneo para afastar a figura do tráfico privilegiado, quando evidenciar a propensão do agente a práticas criminosas. Precedentes.

[...]

(HC n. 460.141/SP, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 14/9/2018).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA DE

PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.  
DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRÁTICA  
DE ATOS INFRACIONAIS.

1. A existência de atos infracionais praticados pelo agente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar dedicação às atividades criminosas, de modo a justificar a negativa da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgInt no HC n. 467.947/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 1º/2/2019).

Ademais, imperioso salientar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa, como cediço, vedada na via estreita do habeas corpus.

## **II. Regime inicial de cumprimento de pena**

Quanto à pretendida imposição de regime menos gravoso de cumprimento de pena, constato que o Tribunal de origem manteve o modo inicialmente **fechado**, consoante trechos abaixo (fl. 254, grifei):

Em relação ao regime de cumprimento de pena, mantém-se o inicial fechado, já fixado pela r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, considerando-se aqui, além da hediondez do delito por equiparação, a gravidade e nocividade concreta da conduta, também evidenciada pela **quantidade e pela natureza da droga apreendida**, o que recomenda que o desconto das penas privativas de liberdade seja iniciado em regime mais severo.

Imperioso salientar que, no julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária no dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e de outros a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, 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 e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 – mostre-se o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

No caso, constato que o Tribunal de origem manteve o regime inicial fechado considerando a **natureza e a quantidade das drogas** apreendidas.

Contudo, embora haja sido mencionado fundamento concreto e idôneo, 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 fixada no **mínimo legal**, foi condenado à **pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos** de reclusão e a quantidade de entorpecentes apreendidos (**40 g de cocaína, 22 g de crack e 15 g de maconha**) não foi tão expressiva a ponto de 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 **superior** 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**, a fim de fixar o regime inicial

semiaberto de cumprimento de pena (Processo n. 3006458-81.2013.8.26.0533, da Vara Criminal da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste – SP).

Comunique-se, com urgência.

Publique-se e intimem-se

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

