HABEAS CORPUS Nº 515.004 - SP (2019/0166852-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		BRUNO GIRADE PARISE - SP272254
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	TATIANE SILVA DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

TATIANE SILVA DOS SANTOS alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0014911-37.2018.8.26.0050).

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 5 anos e 10 meses 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*: **a) a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas; b) a fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena; c) a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos**.

O pedido de liminar foi indeferido e, dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

Decido.

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

No que se refere ao pretendido reconhecimento do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, entendo inviável a aplicação, em favor do paciente, da causa especial de diminuição de pena em questão, haja vista a vedação legal expressa da concessão dessa minorante aos condenados **possuidores de maus antecedentes**.

A propósito, confira-se:

> § 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.

Sobre a matéria posta em discussão, faço o registro de que, embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do **RE n. 593.818 RG/SC** – que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes –, certo é que, por ora, este Superior Tribunal possui o entendimento consolidado de que "O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes. Precedentes." (**HC n. 337.068/SP**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 28/6/2016). Ainda, menciono: **HC n. 413.693/SP**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 16/10/2017.

Portanto, uma vez que as instâncias de origem reconheceram, expressamente, ser o acusado possuidor de maus antecedentes, não há nenhuma ilegalidade manifesta a ser sanada nesse ponto.

Além disso, o Tribunal de Justiça de origem também entendeu inviável o reconhecimento da minorante em questão, pois o acusado "tinha em sua posse **relevante quantidade de drogas, de variados tipos, em local conhecido como ponto de tráfico de drogas**" (fl. 26).

Dessa forma, não identifico nenhuma violação do disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que **foram apontados elementos concretos que indicam a dedicação do recorrente a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas**.

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**, sob os seguintes fundamentos (fl. 26, grifei):

> O regime inicial fechado é o único adequado em face do Princípio da Suficiência Penal, mormente porque se trata do delito de tráfico de entorpecentes, além do fato da apelante **possuir maus antecedentes, inclusive uma condenação anterior também pelo tráfico de droga**, o que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente, encontrando-se em conformidade com o disposto no artigo 33, §§2° e 3º, do Código Penal.

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, conforme visto, a Corte de origem justificou a fixação do regime inicial mais gravoso com base, justamente, nas **peculiaridades do caso concreto**, notadamente na existência de **circunstancia judicial desfavorável**, o que justifica a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada.

Portanto, em homenagem ao **princípio do livre convencimento motivado** e uma vez que foi apontado argumento concreto e específico dos autos para a escolha do regime prisional fechado, não há como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo feito pelo Tribunal de origem para fixar regime inicial mais brando de cumprimento de pena ao acusado.

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, **denego a ordem**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 13 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**