

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 531.610 - SP (2019/0265992-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : FRANCISCO DUARTE PEREIRA
ADVOGADO : FRANCISCO DUARTE PEREIRA - SP363516
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAMON FELIPE FELICIO DE JESUS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

RAMON FELIPE FELÍCIO DE JESUS, paciente neste habeas corpus, alega sofrer coação ilegal no seu direito a locomoção, em face de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que negou provimento à Apelação Criminal n. 1500713-20.2018.8.26.0599, a fim de preservar o não reconhecimento do tráfico privilegiado.

Nas razões deste *mandamus*, sustenta o impetrante, resumidamente, a ilegalidade da dosimetria, sendo de rigor a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, pois o paciente é primário, não ostenta maus antecedentes criminais, não integra organização criminosa, tampouco faz do tráfico seu meio de subsistência.

Requer, assim, seja refeita a dosimetria da pena ou, subsidiariamente, seja fixado o regime semiaberto.

A **liminar foi deferida**, consoante decisão de fls. 92-94, para assegurar ao réu que aguardasse no regime semiaberto o julgamento final do *writ*.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 118-124).

Decido.

O Juízo singular assim fundamentou a impossibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, *verbis* (fls. 46-47):

Superior Tribunal de Justiça

Embora os réus sejam primários, a causa de diminuição da pena do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, não pode ser aplicada. É que já foram processados pela prática de ato infracional equiparado ao tráfico de drogas quando adolescentes, além de outros crimes, como roubo, em feitos que tramitaram perante a Vara da Infância e Juventude local (processos nº 0018255-26.2014.8.26.0451 0003983- 90.2015.8.26.0451 0018740-26.2014.8.26.0451 0000342-38.2015.8.26.0599 - 0002796-76.2017.8.26.0451 - certidões de fls. 57/78), nos quais lhes foram aplicadas medidas socioeducativas de liberdade assistida. Demonstraram, pois, a reiteração da atividade ilícita, que lhe servia de sustento, de forma que a redução não tem cabimento, por estar caracterizado que eles se dedicam a atividades criminosas.

A Corte estadual, a seu turno, preservou a dosimetria nos seguintes termos (fls. 84-85, destaquei):

4. Não é o caso da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

Com efeito, **os acusados tinham em seu poder elevada quantidade de drogas (49 papé debates de cocaína peso líquido 12,2 gramas e 146 eppendorf de cocaína peso líquido 21,3 gramas)**, a indicar um envolvimento mais acentuado no comércio de drogas.

Além disso, **quando adolescentes, praticaram atos infracionais inclusive equiparados a tráfico de drogas** (fls. 65/66 e 74/78).

Deveras, a prática de ato infracional equivalente ao tráfico de drogas pode ser considerada como dado a obstar a aplicação da minorante prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 (STJ, HC nº 420.720, rel. Min. Felix Fischer; HC nº 423.378 e HC nº 299.673, rel. Min. Ribeiro Dantas; HC nº 333.749, rel. Min. Joel Ilan Pacionik; HC nº 121.509, rel. Min. Jorge Mussi; AgRg no REsp nº 1560667, rel. Min. Nefi Cordeiro).

Para a aplicação da minorante em comento, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas. Cumpre destacar que a razão de ser da causa especial de diminuição de pena

Superior Tribunal de Justiça

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 os acusados fossem tecnicamente primários ao tempo do delito e possuidores de bons antecedentes, verifico que foram apontados **elementos concretos** dos autos que, efetivamente, evidenciam a impossibilidade de aplicação da referida causa de diminuição de pena, em virtude do registro de diversos **atos infracionais praticados na menoridade pelo ora paciente, inclusive análogo ao tráfico de drogas**.

Importante consignar que tais anotações – embora não pudessem ensejar o reconhecimento de maus antecedentes ou de reincidência – pode sim indicar a dedicação da paciente a **atividades criminosas**, tal como bem concluíram as instâncias ordinárias.

Imperioso o registro de que tais elementos 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**.

Com efeito, esta Corte Superior reconhece a **possibilidade de se utilizarem registros de atos infracionais análogos ao crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 para reconhecer a dedicação a atividades criminosas**. Confira-se: "O envolvimento do recorrente quando menor em atos infracionais, inclusive relacionados ao delito de tráfico de drogas, aliados a sua própria confissão de que pratica o tráfico de drogas há mais de quatro meses, podem ser valorados para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demonstram a propensão do agente às práticas criminosas. Precedentes"

Superior Tribunal de Justiça

(AgRg no REsp n. 1.653.745/MG, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 18/8/2017).

Portanto, não identifico nenhuma ilegalidade manifesta no ponto em que, fundamentadamente, foi negada a minorante em questão.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da sanção reclusiva, saliento 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 deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (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.

Nos autos em exame, o Juízo singular assim fundamentou a imposição do regime inicial fechado, *verbis* (fl. 47, destaquei):

A pena privativa da liberdade cominada ao delito de tráfico de entorpecente há de ser cumprida em regime inicial fechado, uma vez que o delito de tráfico de entorpecentes continua sendo crime equiparado aos hediondos. Ademais, **as medidas socioeducativa aplicadas anteriormente não foram suficientes para afastar os réus da prática delitiva e eles demonstraram que outro regime de pena não os impedirão de manter-se nesse trabalho espúrio.**

A Corte estadual, a seu turno, preservou o regime mais gravoso nos seguintes termos (fl. 87, destaquei):

No entanto, **a quantidade e natureza das drogas (atente-se para o elevado potencial lesivo da cocaína para a saúde pública) constituem circunstâncias concretas a traduzir um acentuado grau de culpabilidade da conduta a impor o regime inicial fechado** para a pena privativa de liberdade, sem o que não haveria suficiente reprovação e prevenção do crime.

Superior Tribunal de Justiça

Importa considerar que a fixação da pena-base no mínimo legal não obsta a fixação de regime inicial fechado, desde que haja justificação com base em dados concretos da causa [...].

Dos trechos anteriormente transcritos, verifico que as instâncias ordinárias entenderam devida a imposição do regime inicial fechado com base **na suposta gravidade do crime** – tendo em vista a **apreensão de cocaína** – e no **registro pretérito de prática de atos infracionais pelos réus**.

Contudo, uma vez que o paciente era **tecnicamente primário** ao tempo do delito, **relativamente menor, confessou a prática delitiva**, teve a **pena-base fixada no mínimo legal** e foi apreendido com **quantidade não exorbitante de drogas (33,5 g de cocaína)**, entendo evidenciado constrangimento ilegal à liberdade do réu, haja vista **não evidenciada acentuada reprovabilidade em sua conduta**.

Ademais, registro que, **embora haja sido apreendido cocaína em poder do acusado** (substância entorpecente dotada de alto poder viciante), a quantidade das drogas não foi elevada, de modo que a natureza da substância não pode, por si só, ensejar a imposição de regime inicial mais gravoso de cumprimento de pena, notadamente quando verificado que **todas as demais circunstâncias são favoráveis ao réu**.

Saliento, ainda, que, embora o registro de pretérito cometimento de atos infracionais pelo acusado possam ser utilizados, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, para obstar a incidência da causa especial de diminuição de pena, esses dados não **caracterizam maus antecedentes ou reincidência** – tanto que as instâncias ordinárias reconheceram a primariedade e os bons antecedentes do paciente, bem como fixaram a pena-base no mínimo legal.

Portanto, entendo que **o regime semiaberto** é o mais adequado para a prevenção e a repressão dos delitos praticados, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **confirmo a liminar outrora deferida e concedo a ordem**, tão somente a fim de fixar o **regime semiaberto** para o início de cumprimento de pena.

Superior Tribunal de Justiça

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor dessa decisão ao Tribunal de Justiça estadual e ao Juízo de primeiro grau, para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

