

HABEAS CORPUS Nº 537.424 - SP (2019/0297781-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ARTUR REGA LAUANDOS - SP258431
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DEREK ESTEFANIO COSTA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

DEREK ESTEFANIO COSTA alega sofrer coação ilegal, em decorrência de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0002214-76.2017.8.26.0548.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Busca-se, por meio deste *writ*, seja: **a) aplicada em 2/3 a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas; b) fixado o regime inicial aberto e c) determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

A liminar foi indeferida e, prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela concessão parcial da ordem, para fixar regime inicial semiaberto.

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 (fls. 32-33, grifei):

Na terceira, foi corretamente negada a causa de diminuição

de pena do §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, pois o réu DEREK não preenche seus requisitos na medida em que, segundo se verifica dos autos, se dedica à prática de atividades criminosas.

Com efeito, **foi preso em flagrante durante o gozo de liberdade provisória concedida pela prática de outro delito (receptação)**, tinham consigo **razoável quantidade de entorpecente, balanças de precisão e materiais para preparo e embalo de porções de drogas**, circunstâncias que, conjuntamente sopesadas, cancelam a conclusão de que o tráfico não era esporádico na vida do réu, mas sim, uma atividade que lhes rendia sustento.

[...]

Ademais, **seu envolvimento criminal pretérito, ainda que pendente o trânsito em julgado da respectiva condenação, enseja a conclusão de que se dedica à prática de atividades criminosas**, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...]

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 manteve a não incidência da minorante, considerando que o acusado "**foi preso em flagrante durante o gozo de liberdade provisória concedida pela prática de outro delito (receptação)**", tinha consigo **razoável quantidade de entorpecente, balanças de precisão e materiais para preparo e embalagem de porções de drogas**, circunstâncias que, conjuntamente sopesadas, chancelam a conclusão de que o tráfico não era esporádico na vida do réu" (fl. 33, grifei).

Destacou ainda que "seu **envolvimento criminal pretérito**, ainda que pendente o trânsito em julgado da respectiva condenação, enseja a conclusão de que se dedica à prática de atividades criminosas" (fl. 33, grifei).

Dessa forma, não identifico nenhum constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada ao paciente a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que **foram apontados elementos concretos que indicam a sua dedicação a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas**.

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

Portanto, fica afastado o apontado constrangimento ilegal decorrente da não incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

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**, conforme trecho abaixo (fl. 33-34):

E o regime inicial fechado é o único compatível com o delito de tráfico de entorpecentes, equiparado aos hediondos, que tanto mal tem proporcionado à sociedade, pois trata-se de crime que fomenta outras espécies de ilícitos penais, provoca a degradação do indivíduo e da família brasileira, desvia a juventude da busca de objetivos lícitos e produtivos em favor bem comum, tudo em troca de um único escopo, o lucro do traficante.

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 manteve o regime inicial fechado, com base, unicamente, na gravidade abstrata do delito, **sem ter apontado os elementos concretos dos autos** que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso.

Dessa forma, entendo que o regime inicial fechado se mostra excessivamente gravoso no caso. Isso porque o paciente era tecnicamente **primário** ao tempo do delito, foi condenado a pena **superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão** e as circunstâncias judiciais foram tidas como favoráveis (tanto que **a pena-base foi fixada no mínimo legal** – fl. 32).

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

No tocante à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, entendo inviável a concessão do benefício, haja vista que o paciente restou definitivamente condenado à 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**, a fim de fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena (Processo n. 0002214-76.2017.8.26.0548, da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campinas – SP).

Comunique-se, com urgência.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator