

**HABEAS CORPUS Nº 534.847 - SP (2019/0283405-3)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**MARIA CAMILA AZEVEDO BARROS - SP420671**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : WELLINGTON GUSTAVO BATISTA DA SILVA (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

**WELLINGTON GUSTAVO BATISTA DA SILVA**, paciente neste habeas corpus, alega sofrer coação ilegal em seu direito a locomoção, em face de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 1501077-39.2018.8.26.0066.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de **5 anos de reclusão**, a ser cumprida inicialmente **no regime fechado**, mais multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal perante a Corte de origem, que, à unanimidade de votos, negou-lhe provimento, a fim de manter inalterada as sentença condenatória.

Nas razões deste *mandamus*, sustenta o impetrante a ilegalidade da dosimetria, haja vista ser de rigor a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, pois o acusado é tecnicamente primário e inexistente qualquer evidência nos autos de que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Ressalta que "o simples fato do paciente ter respondido a atos infracionais análogos a crimes perante a Vara da Infância e Juventude, quando era inimputável, não é fundamento idôneo a afastar o privilégio" (fl. 7).

Aduz, ainda, que o modo inicial de cumprimento de pena

deve ser o semiaberto, pois a pena-base foi fixada no mínimo legal e as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu. Destaca que a gravidade abstrata do delito não é fundamento idôneo para o agravamento do regime, nos termos do Enunciado Sumular n. 440 deste Tribunal.

Requer, assim, a concessão da ordem, para que a dosimetria seja revista e o regime inicial, abrandado.

A liminar foi indeferida.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do habeas corpus.

**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. 27-28, destaquei):

Incabível também a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em razão do **envolvimento anterior do réu com a prática de inúmeros atos infracionais análogos a crimes na época da menoridade, inclusive o tráfico de drogas**, pelo qual chegou a cumprir medida socioeducativa de semiliberdade.

Anoto que em consulta realizada nessa data ao Sistema SAJPG5 verifiquei que o **réu respondeu a oito processos de apuração de ato infracional** junto à 2ª Vara Criminal dessa Comarca, com jurisdição na área da infância e juventude, o que demonstra claramente uma personalidade delinquente incompatível com a benesse legal, aplicável apenas aos criminosos sem qualquer envolvimento anterior com a delinquência.

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 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 o acusado fosse tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor 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 análogos 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.

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" (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, 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 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.

A Corte estadual, contudo, **não indicou circunstâncias concretas dos autos para justificar a imposição do modo mais gravoso**. É o que se constata do trecho transcrito a seguir (fl. 48):

Finalmente, foi corretamente fixado o regime inicial fechado.

A Lei nº 11.343/06, ou seja, lei de drogas, é uma legislação especial em relação ao Código Penal, que é uma lei de caráter geral.

Assim sendo, por se tratar a Lei nº 11.343/06 de uma lei especial, o legislador pode nela inserir dispositivos, como por exemplo, proibir a conversão da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos, seja qual for a quantidade de entorpecente apreendida com o autor do crime, justamente por ser uma norma especial, isto é, foi criada com o objetivo específico de reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes. Muito ao contrário do Estatuto Penal, que dita regras sobre centenas de condutas ilícitas.

No caso em concreto, de acordo com a lei, não vejo como atender ao pedido da defesa e assim conceder uma pena privativa de liberdade em regime aberto e muito menos substituir essa pena por outras restritivas de direitos.

Destaco 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.

Ademais, pela análise dos dados mencionados no acórdão, considero que o regime inicial fechado se mostra excessivamente gravoso no caso. Com efeito, a **pequena quantidade das substâncias**

**entorpecentes apreendidas em poder do acusado (27,1 g de cocaína) não evidencia acentuada reprovabilidade em sua conduta.** Ressalto que o réu era tecnicamente **primário ao tempo do crime**, e a pena definitivamente imposta é superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão.

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, **concedo a ordem**, tão somente a fim de fixar o **regime semiaberto** para o início de cumprimento de pena.

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), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ  
Relator