

HABEAS CORPUS Nº 565.540 - SP (2020/0059677-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : REINALDO ALVES
ADVOGADO : REINALDO ALVES - SP118059
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE AUGUSTO FRANCISCO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

JOSE AUGUSTO FRANCISCO alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação Criminal n. 0000035-38.2018.8.26.0160.

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.

Busca-se, por meio deste *writ*, liminarmente e no mérito a **aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e a fixação de regime menos gravoso.**

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. 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 Juiz sentenciante entendeu pela não incidência do redutor pelos seguintes fundamentos (fl. 73, grifei):

Não houve tráfico privilegiado. O artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos afirma que o benefício é cabível a quem não se dedica a atividades criminosas. Como já explicado, **o acusado já traficava há tempo suficiente para ser conhecido da polícia e identificado por vizinhos**, o que basta para o afastamento da benesse, sendo que o próprio

STJ já firmou jurisprudência no sentido de não bastar a primariedade, também sendo consideradas a quantidade e diversidade dos entorpecentes.

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o afastamento do benefício, no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, isto porque evidenciado que o apelante se dedicava às atividades criminosas, **tendo em vista prova oral colhida**" (fl. 78, 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: "Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida." (HC n. 437.178/SC, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 11/6/2019).

No caso, conforme visto, o Tribunal de origem – dentro do seu livre convencimento motivado – apontou **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 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.

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, como cediço, 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

No que tange ao modo de cumprimento de pena, o Tribunal de origem manteve o regime inicial **fechado**, sob os seguintes fundamentos (fl. 78):

O regime prisional fixado, qual seja, o inicial fechado, deve prevalecer, levando-se em conta a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que alterou a redação do artigo 2º da Lei 8.072/90, permitindo a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados. Ademais, referido regime é o único capaz de prover ressocialização ao increpado, tendo em vista que suas limitações são as mais rigorosas possíveis, ensejando a reflexão e a repressão do impulso delitivo.

Não se pode olvidar 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 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.

Na hipótese, conforme visto, o Tribunal de origem manteve o regime inicial mais gravoso com base tão somente na hediondez do delito, **sem, no entanto, ter apontado elementos concretos** dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso.

Assim, 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 à **pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão** e a **quantidade de droga apreendida não era tão expressiva (21 g de cocaína e 5 g de crack)**.

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 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, **concedo em parte a ordem**, a fim de estabelecer ao paciente o **regime inicial semiaberto** de cumprimento de pena (Processo n. 0000035-38.2018.8.26.0160, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Descalvado – SP).

Comunique-se, com urgência.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2020.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**