



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 669511 - SP (2021/0161887-8)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIA AUXILIADORA SANTOS ESSADO - SP320038
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

JONATHAN SILVA alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 1500974-87.2020.8.26.0510).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Nesta Corte, a defesa postula, **além da desclassificação da conduta para o crime do art. 28 da Lei n. 11.340/2006**, a aplicação da minorante no patamar máximo, a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida e o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

Decido.

I. Desclassificação da conduta

De início, saliento que a análise da desclassificação da conduta, sob o amparo de que as substâncias apreendidas serviam para uso próprio do paciente,

não o tráfico, de acordo com a pacífica compreensão desta Corte, exige dilação probatória, incompatível com a via estreita do habeas corpus. Ilustrativamente:

[...] 1. Não é cabível, na estreita via do writ, proceder ao aprofundado reexame de fatos e provas para apreciar o pleito ausência de autoria e de desclassificação da conduta de tráfico para a de uso de entorpecentes. [...] (HC n. 621.130/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 17/2/2021)

[...] 5. É inviável o acolhimento do pedido de desclassificação da condenação de traficante para a de mero usuário, uma vez que não cabe em habeas corpus o reexame de fatos.

(RHC n. 116.008/MA, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 14/9/2020)

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

Depreende-se dos autos que o Tribunal de origem afastou a incidência do benefício em comento com base nos argumentos que se seguem:

Não faz o apelante jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado e à minoração de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Ressalte-se que, para a aplicação deste redutor, é indispensável que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Não resta dúvida de que tal causa de diminuição de pena é de ser aplicada apenas àquele que tenha praticado o delito de maneira isolada, como um pequeno deslize em sua vida, ainda que penalmente punível.

Aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida, mesmo que não tragam em sua folha de antecedentes condenações por outros crimes, não fazem jus ao benefício.

A causa de redução deve ser aplicada em caráter excepcional, em situações específicas, quando não houver dúvidas de que o réu veio a cometer o ato como um desvio em sua vida, e não de modo contumaz e habitual.

No caso dos autos, ficou demonstrado que o apelante não pode, de forma alguma, ser considerado como traficante ocasional, pois, se dedica à prática criminosa, circunstância evidenciada pela existência de inquéritos e processos criminais em curso.

Como bem ressaltou a r. sentença: *“consta que o acusado foi preso em flagrante, por três vezes (fls. 27), duas das quais no mesmo local, com imputação da prática do mesmo delito, indicando reiteração criminosa e, em consequência, dedicação à*

atividade ilícita, não se tratando daquele "neófito" a quem se destina a causa de diminuição da pena" (fls. 150) (fls. 48-49, grifei).

Em princípio, quanto ao fato de estar o réu respondendo a outros processos, faço lembrar que, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.431.091/SP (DJe 1º/2/2017), de relatoria do Ministro Felix Fischer, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que: "[...] é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06".

Nesse mesmo julgado, ressaltou-se que "O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente".

Deveras, não se discute que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possuem o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Essa, aliás, é a essência do princípio da presunção de não culpabilidade.

Contudo, não vejo óbice a que a existência de inquéritos policiais, de processos em andamento ou mesmo de condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado possa, à luz das peculiaridades do caso concreto, ser considerada elemento apto a evidenciar a dedicação do acusado a atividades criminosas. Essa, aliás, sempre foi a minha compreensão acerca dessa matéria, conforme já externalizei, por exemplo, no HC n. 338.379/SP, julgado por esta colenda Sexta Turma em 6/12/2016.

É de rigor consignar que uma interpretação teleológica do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 à luz da política criminal de drogas instituída pelo Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad permite inferir que o espírito da norma contida no referido dispositivo de lei é o de beneficiar o agente que não se utiliza da mercancia de entorpecentes como atividade profissional. Se o intuito

foi esse, inequivocamente a orientação normativa pretendeu afastar o benefício àqueles que, constantemente, incorrem na prática ilícita e já tiveram envolvimento com o narcotráfico e/ou com crimes que, não raro, estão a ele interligados (como delitos patrimoniais, homicídio, associação criminosa etc.).

Ademais, se a natureza do instituto em análise é justamente tratar com menor rigor o indivíduo que se envolve circunstancialmente com o tráfico de drogas – e que, portanto, não possui maior envolvimento com o narcotráfico ou habitualidade na prática delitiva –, não me parece razoável punir aquele que ostenta diversas anotações penais em seu desfavor da mesma forma que um traficante que não possui nenhum registro criminal contra si.

Ainda, é imperioso o registro de que tais elementos – feitos criminais em curso ou condenações ainda pendentes de definitividade – podem, a meu ver, 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, elementos que exigem o trânsito em julgado da condenação para o seu reconhecimento –, 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.

Por fim, entendo que exigir a existência de trânsito em julgado da condenação anterior para fins de justificar o afastamento do redutor em questão acaba, em última análise, esvaziando o próprio conceito de dedicação a atividades criminosas. Isso porque, se houver trânsito em julgado, então essa condenação anterior já se enquadra ou no conceito de maus antecedentes ou no conceito de reincidência. Assim, considerando que não há palavras inúteis na lei, por certo que o legislador quis abarcar situação diversa ao prever a impossibilidade de concessão do benefício àqueles indivíduos que se dedicam a atividades delituosas.

Observância aos precedentes

Não obstante todas essas considerações, e embora a matéria trazida a debate esteja pacificada no âmbito desta Corte Superior de Justiça, não há como perder de vista que a questão tem encontrado solução distinta no Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, entende a Corte Suprema que inquéritos policiais e/ou ações penais em curso não constituem fundamento idôneo a justificar o afastamento do redutor em questão, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

Da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, menciono, por todos, o HC n. 173.806/MG, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (DJe 9/3/2020), cujo acórdão ficou assim ementado:

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA.

O Pleno do Supremo, no julgamento do recurso extraordinário nº 591.054, de minha relatoria, assentou a neutralidade, na definição dos antecedentes, de inquéritos ou processos em tramitação, considerado o princípio constitucional da não culpabilidade.

PENA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO – ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – ATIVIDADES CRIMINOSAS – DEDICAÇÃO – PROCESSOS EM CURSO.

Revela-se inviável concluir pela dedicação do acusado a atividades criminosas, afastando-se a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, considerado processo-crime em tramitação.

A Segunda Turma também possui idêntica compreensão acerca da matéria, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO: FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(AgRg no HC n. 170.392/SP, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 15/6/2020).

1. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. 3. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 4. Causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006. 5. Não aplicação da minorante em razão de sentença sem trânsito em julgado. 6. Ré primária. 7. Ausência de provas de que integra organização criminosa ou se dedique à prática de crimes. 8. Decisão contrária à jurisprudência desta Corte. Constrangimento ilegal configurado. 8.1. O Pleno do STF, ao julgar o RE 591.054/SC, com repercussão geral, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (DJe 26.2.2015), firmou orientação no sentido de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. 8.2. Para efeito de aumento da pena, somente podem ser valoradas como maus antecedentes decisões condenatórias irrecorríveis, sendo impossível considerar para tanto investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso LIV (presunção de não culpabilidade), do texto constitucional. 9. Precedentes. 10. Agravo regimental não provido.

(AgRg no ARE n. 1.231.853/SE, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 18/3/2020).

Com a mesma compreensão, cito, ainda, os seguintes julgados proferidos em casos análogos: AgRg no HC n. 177.629 (DJe 9/12/2019), Rel. Ministro Ricardo Lewandowski; HC n. 177.670/MG (DJe 26/11/2019), Rel. Ministro Edson Fachin (monocrática).

Diante de tais considerações, firme na importância de se observarem os precedentes e de se adotar interpretação uniforme das leis – até para garantir uma ordem jurídica mais coerente, mais estável e com maior previsibilidade quanto à interpretação adotada pelo Poder Judiciário –, **curvo-me ao posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, para reconhecer a inidoneidade do fundamento apontado no caso para justificar a impossibilidade de incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em favor do paciente, qual seja, a existência de processos em andamento e de condenação ainda não transitada em julgado.**

Além disso, não desconheço o entendimento segundo o qual a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e,

consequentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas. Exemplificativamente: STJ, AgRg no AREsp n. 359.220/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 17/9/2013; STF, HC n. 111.666/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 23/5/2012.

Contudo, ao contrário do que afirmaram as instâncias ordinárias considero que a quantidade de drogas apreendidas em poder da paciente – 3,7 g de cocaína – não se mostra excessivamente elevada a ponto de, por si só, levar à conclusão de que ele se dedica a atividades criminosas, notadamente quando verificado que, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes e que, no contexto da prisão em flagrante, não foram apreendidos outros apetrechos destinados à traficância.

Faço lembrar que, segundo entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias" (HC n. 122.184/PE, Rel. Ministra Rosa Weber, 1ª T., DJe 5/3/2015), situação que entendo devidamente caracterizada nos autos.

Portanto, à ausência de fundamento suficiente o bastante para justificar o afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, deve a ordem ser concedida nesse ponto, a fim de aplicar, em favor do acusado, o referido benefício.

III. Nova dosimetria

Procedendo-se, pois, à nova dosimetria da pena, verifico que a reprimenda-base do paciente ficou estabelecida no mínimo legal, ou seja, em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa. Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes. Na terceira etapa, ausentes causas de aumento, reduzo a

reprimenda em 2/3, em decorrência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tornando a pena da acusada definitivamente estabelecida em 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa.

IV. Regime e substituição

Como consectário da redução efetivada na pena do paciente, deve ser procedido ao ajuste no regime inicial do seu cumprimento. Uma vez que ele foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, era tecnicamente primário ao tempo do delito, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal, foi beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo e foi apreendido com quantidade de drogas reduzida, deve ser fixado o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao preconizado pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Da mesma forma, entendo que a favorabilidade das circunstâncias mencionadas evidencia que a substituição da pena se mostra medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal, de maneira que deve ser concedido o habeas corpus também para determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais, à luz das peculiaridades do caso concreto.

No mesmo sentido, o parecer do Ministério Público Federal:

Apesar desse entendimento encontrar amparo na jurisprudência desse STJ, o Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, entende que inquéritos policiais e ações penais em curso não constituem fundamento idôneo a justificar o afastamento do tráfico privilegiado, descrito no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em atenção ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, como ilustram os seguintes precedentes:

[...]

Logo, diante da inidoneidade do fundamento utilizado pela instância ordinária para afastar a minorante do tráfico, forço é o reconhecimento desse benefício em sua fração máxima de 2/3 (dois terços), dada a diminuta quantidade de drogas apreendidas (3,7g de cocaína), o que reduzirá a pena à 1 ano e 8 mese de reclusão e ao pagamento de 166 dias-multa.

Por fim, diante das condições favoráveis das circunstâncias judiciais, da primariedade, dos bons antecedentes e da quantidade pena inferior a quatro anos de reclusão, é de se reconhecer o direito do paciente ao regime inicial aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ex vi dos art. 33 e 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **o parecer é pela concessão parcial do habeas corpus, a fim de redimensionar a reprimenda, abrandar o regime para o modo aberto e substituir a pena corporal por outras alternativas** (fls. 72-73, grifei).

V. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, concedo a ordem, a fim de: a) aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda da paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa; b) fixar o regime aberto de cumprimento de pena; e c) determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão ao Juízo da condenação para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2021.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator