HABEAS CORPUS Nº 498.990 - SP (2019/0075069-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO GABRIELA GALETTI PIMENTA - SP310845
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	VITOR HUGO NICOLUCCI DA SILVA SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. RECONHECIMENTO DA SEMI-IMPUTABILIDADE DO RÉU. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE. ADEQUAÇÃO AO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS N.ºs 440/STJ, 718/STF E 719/STF. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de VITOR HUGO NICOLUCCI DA SILVA SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0009684-37.2015.8.26.0223).

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, incisos III e VI, da Lei n.º 11.343/2006, porque, no dia 24/11/2015, na companhia de adolescente infrator, trazia consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, 02 (duas) trouxinhas de maconha e 30 (trinta) pinos de cocaína.

Em primeiro grau, foi condenado como incurso no art. 33, § 4.º, c.c. 40, inciso VI, da Lei de Drogas, c.c. art. 46 do Código Penal, às penas de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias em regime aberto e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa. Foi-lhe concedido o apelo em liberdade.

A Corte *a quo* deu parcial provimento ao apelo acusatório para, mantido o reconhecimento da semi-imputabilidade, afastar a causa de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, impondo ao Réu a reprimenda de 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e o pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias multa, bem

como determinar o cumprimento da pena corporal inicialmente em regime fechado (fls. 104-147).

Defende a Defensoria Pública Impetrante, em suma, que (fl. 6):

> *"Ainda que se entenda que a quantidade de substância apreendida é robusta o suficiente para se concluir pela traficância (o que, em realidade, é até mesmo questionável, posto que um usuário de entorpecentes consome essa quantidade de drogas em pouquíssimos dias) certamente ela não é exacerbada a ponto de respaldar o afastamento do redutor do §4º e determinar a fixação de regime inicial fechado para o cumprimento da pena."*

Afirma que, aplicado o redutor, é possível a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Busca a concessão liminar da ordem *"para aplicar-se o redutor do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, alterar-se o regime de cumprimento de pena e determinar-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos"* (fl. 12).

Deferi o pedido parcialmente o pedido liminar, nos termos da decisão de fls. 150-154, para determinar a colocação do Paciente no regime inicial aberto, até o julgamento final do presente *writ*.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 167-236 e 238-290, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, fixando-se o regime inicial semiaberto, porque *"a quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas constituem motivos suficientes para se determinar regime prisional mais rigoroso"* (fls. 159-163).

É o relatório. Decido.

Ao reformar a sentença condenatória para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, o acórdão impugnado ressaltou o seguinte (fl. 140; sem grifos no original):

> *"Quanto ao pleito de afastamento do redutor previsto pelo tráfico privilegiado, portanto, com razão o Ministério Público.* ***A quantidade e variedade da droga apreendida (02 trouxinhas de 'maconha' e 30 pinos de cocaína), prontas para uso, e sua natureza, demonstraram, por si só, de forma evidente, que ele fazia daquele comércio espúrio conduta habitual, independentemente da primariedade****. Vale destacar, ainda, que, pelas* ***informações colhidas durante a instrução, aquela conduta foi apontada como 'meio de vida' do apelado****, daí que evidenciada, mais fortemente, sua dedicação ao tráfico, ressaltando-se que, se não fosse pronta ação policial, certamente*

> *o apelante manteria sua função de traficante, circunstância específica que veda a benesse ora em análise. Vale enfatizar, ainda, porque relevante, quantidade em poder do recorrente suficiente para desgraçar o vício, pela disseminação ampla e odiosa. A situação ensejava não aplicação da benesse, não mera redução atenuada, como aplicada.*
>
> *Dessa forma, afastado o redutor aplicado, realinho a pena do apelante em 05 (cinco) anos de reclusão, além de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal. Realizadas as sucessivas operações no cálculo, quanto à exasperação da pena em 1/6 (um sexto), pela participação de menor, e 1/3 (um terço) em relação à semi-imputabilidade, perfaz, definitivamente em, 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias multa, no mínimo legal."*

São condições para que o condenado faça jus à diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Ora, se não estão preenchidos conjuntamente todos os requisitos legais – como no caso, no qual se concluiu que o Paciente se dedicava à atividade criminosa –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

Friso que o acórdão impugnado expressamente ressaltou que os elementos contidos nos autos demonstram que o Acusado fazia do tráfico de drogas seu meio de vida, evidenciando, assim, que se dedicava a essa atividade criminosa.

Por oportuno, ressalto que este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as circunstâncias da apreensão de droga *"tem o condão de caracterizar que o agente se dedica a atividades criminosas, não fazendo jus à benesse da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06."* (AgRg no REsp 1.584.298/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe de 23/05/2018.)

Desse modo, não é possível afastar a conclusão da Corte de origem quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, o que necessitaria de aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é sabido, afigura-se inviável na via estreita do *writ*. No mesmo sentido:

> "HABEAS CORPUS. *POSSE DE MUNIÇÃO. ARTS. 12 E 16 DA LEI N. 10.826/2003. APREENSÃO DE APENAS DUAS MUNIÇÕES (SEM AS RESPECTIVAS ARMAS DE FOGO). MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. ATIPICIDADE MATERIAL. FLEXIBILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ABSOLVIÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS.

[...]

4. Quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes, reconhecida a impossibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão das evidências concretas de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, adotar conclusão diversa demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios, providência que é incabível nesta via estreita.

5. Ordem parcialmente concedida para, cassando-se o acórdão condenatório, absolver o paciente da prática dos delitos tipificados nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal." (HC 325.085/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 12/04/2018.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS.* BIS IN IDEM *NÃO EVIDENCIADO.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO.*

[...]

VI - In casu*, o eg. Tribunal de origem, considerou, não somente a natureza da droga apreendida, mas também o local da apreensão para afastar o privilégio. Rever esse entendimento, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do* mandamus.

Precedentes.

[...]

Habeas Corpus *não conhecido."* (HC 433.104/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 16/04/2018)

No que diz respeito ao regime prisional, o julgado impugnado, apesar da fixação da pena-base no mínimo legal e do reconhecimento da primariedade do Réu, assim se manifestou (fl. 141-143):

"Outrossim, com razão, ainda, o representante do Ministério Público quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, pois

tratando-se de crime equiparado a hediondo, nem sendo necessária discussão sobre a questão envolvendo o crime 'privilegiado', ora afastado, a imposição de regime inicial diverso do fechado é vedada nos termos da Lei de Crimes Hediondos e da Lei 11.343/06.

[...]

De qualquer maneira, as circunstâncias concretas do delito, evidentemente graves, destacando-se a habitualidade da conduta, bem como a quantidade e variedade de drogas, impediriam regime menos rigoroso ou mesmo o benefício pleiteado, porque evidentemente insuficientes como reprovação e prevenção do crime, tudo na forma do artigo 33, §3º, do Código Penal, com atenção ao princípio da individualização da pena. Com efeito, VITOR HUGO trazia consigo 02 (duas) trouxinhas de maconha e 30 (trinta) pinos de cocaína, com intenção de venda para terceiros. Nota-se, inquestionavelmente, significativa a quantidade e natureza das drogas na posse do acusado, de maior poder de dependência e de maior risco à saúde, como cocaína, aspectos estes relevantes para a fixação de regime, nos termos, repete-se, do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, c.c. o artigo 33, §3º, do Código Penal."

Como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Na hipótese, verifica-se que o Réu é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a pena definitiva foi estabelecida em *quantum* inferior a 4 (quatro) anos de reclusão. Assim, considerando a pena definitivamente fixada, as circunstâncias judiciais favoráveis e a não expressiva quantidade de droga apreendida, não há fundamento para impor ao sentenciado regime prisional mais gravoso, com base na gravidade do crime.

O regime apropriado, à espécie, é o **aberto**, conforme ditame do art. 33, § 2.º, alínea *c*, do Código Penal, segundo o qual "*o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*"

Incide, ademais, o Verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *verbis*:

"*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*"

Confiram-se, a propósito, os verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal:

> "*A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*" (Súmula n.º 718)
>
> "*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*" (Súmula n.º 719)

Com igual conclusão, cito precedente:

> "HABEAS CORPUS. *REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 719 DO STF.*
> *1. Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semiaberto,* ***se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto*** *(art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP).*
> *2. Incidência da Súmula nº 719 do STF: '*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*'*
> *3. Ordem concedida.*
> *4. Extensão da ordem, de ofício, ao corréu."* (STF, HC 83.613/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ de 30/04/2004; sem grifos no original.)

Por fim, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, pois verifica-se que foram consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, além disso, o Paciente é primário e não foi apreendida quantidade expressiva de entorpecentes, reconhecendo-se a semi-imputabilidade do réu, que (fl. 32):

> *"[...] é drogadictos/viciado em entorpecente, e ao meu sentir, o vício/dependência química desse agente também lhe prejudica a capacidade de autodeterminação psicológica, na medida em que o vício químico sabidamente incute no drogadictos um desejo quase incontrolável de buscar meios materiais para prover ao consumo da droga."*

Ilustrativamente, cito os seguintes precedentes: AgRg no AREsp n.º 1.235.920/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe de 10/08/2018; e HC n.º 359.813/RS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe de 22/06/2018.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para fixar o

regime aberto como regime inicial para o cumprimento de pena e **conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos**, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora