



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 516450 - SP (2019/0176354-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - SP275887
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERTO TERTO DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DEDICAÇÃO HABITUAL A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/1990. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CABIMENTO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ROBERTO TERTO DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n.º 70077559391 (N.º CNJ: 0076652-15.2017.8.26.0050).

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multas, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, pois foi surpreendido com **65,2g** (sessenta e cinco gramas e dois decigramas) de **cocaína** acondicionada em 160 microtubos plásticos, R\$ 370,00 (trezentos e setenta reais) em dinheiro e 5.000 (cinco mil) microtubos vazios.

A Defesa e a Acusação apelaram, tendo o recurso ministerial sido provido para afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, bem como para fixar o regime inicial fechado, redimensionando a pena do Paciente ao total de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa (fls. 35-37).

Foram opostos embargos infringentes pelo Réu, os quais foram rejeitados pelo Tribunal de origem (fls. 290-295).

No presente *writ*, a Defesa sustenta, em síntese, que o Paciente faz jus à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 em seu patamar máximo, com o consequente abrandamento do regime inicial e a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Salienta que o Condenado não possui antecedentes criminais que demonstrem a habitualidade do crime de tráfico de drogas ou que indiquem a sua dedicação a atividades ilícitas ou participação em organização criminosa.

Ressalta, ainda, que a quantidade de drogas apreendida não justifica o afastamento da causa de diminuição de pena.

Pugna pela "concessão liminar da ordem, para imediata colocação do paciente em regime inicial aberto" (fl. 23) enquanto aguarda o julgamento do presente writ.

Requer, ao final, no mérito, a aplicação da minorante disposta no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 em seu patamar máximo, o abrandamento do regime inicial e a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

O pedido liminar foi **parcialmente deferido** às fls. 40-43.

As informações foram prestadas às fls. 49-52 e 54-61.

O Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 65-71, opina pela não concessão da ordem.

É o relatório. Decido.

No que diz respeito ao pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado, não constato irregularidade no afastamento da minorante pelo Tribunal de origem, pois o acórdão impugnado não se mostra desarrazoado ou carente de fundamentação, tendo concluído pela dedicação às atividades criminosas em razão da quantidade de drogas, bem assim da apreensão de petrechos utilizados na preparação para distribuição dos entorpecentes (fl. 37; sem grifos no original):

"É de ser afastada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, eis que não bastasse a considerável quantidade da droga apreendida (160 unidades fls. 12), acompanhada de razoável quantia em dinheiro (R\$ 370,00 fls. 12) e de farto material para a sua distribuição em larga escala (5.000 pinos vazios - fls. 12), o acusado admitiu a dedicação ao comércio ilícito 'há poucas semanas', pois trabalhava para o traficante 'Rodnei', recebendo dinheiro pela venda da droga. Portanto, não se tratava de traficante ocasional ou de 'primeira viagem', mas de pessoa com dedicação à atividade criminosa, fazendo do tráfico seu meio de vida, o que impede a aplicação do redutor, bem discorre a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, em judicioso parecer (fl. 259).

Assim, afastada a referida causa especial de diminuição de pena, as penas definitivas do recorrente resultam em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa."

Essas circunstâncias constituem uma conjuntura que impede desconstituir a conclusão do Tribunal de origem sobre a dedicação do Paciente à atividade criminosa.

Assim, no caso em apreço, tendo sido a incidência do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 afastada em razão de elementos probatórios concretos que indicam o envolvimento habitual do Paciente com a criminalidade, a revisão do entendimento alcançado pelo acórdão impugnado exigiria aprofundado reexame probatório, o que não é possível nos estreitos limites do *habeas corpus*.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

"[...]

5. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

6. Concluído pelo Tribunal de origem que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, fundado em elementos colhidos nos autos e diante do registro anterior da prática de ato infracional análogo ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

[...]" (HC 450.238/MA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.

DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA CONCRETAMENTE FUNDAMENTADO. ORDEM DENEGADA.

1. *O entendimento desta Corte 'é assente no sentido de que a quantidade de droga apreendida configura motivação suficiente para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que evidencia a dedicação à atividade criminosa' (HC n.º 356.145/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 1º/12/2016).*

2. *No caso, o Paciente foi surpreendido com 'quatro porções de cocaína, com peso líquido de 2 gramas, vinte e nove de maconha, com peso líquido de 41,5 gramas e vinte e oito de crack, com peso líquido de 6,4 gramas', o que permitiu às instâncias ordinárias concluir por sua dedicação às atividades ilícitas.*

3. *Para se desconstituir o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias de que o Paciente se dedicava às atividades ilícitas, seria necessário proceder ao revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na via estreita do habeas corpus.*

4. *A 'valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos.' (HC 451.496/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em DJe 16/11/2018).*

5. *O fundamento que ensejou o afastamento da causa especial de diminuição de pena (dedicação a atividades criminosas) pode ser utilizado, também para fins de fixação de regime, tendo em vista que 'é possível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, desde que em decorrência de exigência legal específica, como no caso em apreço, não ocorrendo, pois, a dupla valoração da mesma circunstância para idêntica finalidade' (HC 428.211/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 27/03/2018).*

6. *Ordem de habeas corpus denegada.*" (HC 481.189/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)

"[...] A quantidade de drogas apreendidas, especialmente quando atrelada a outras circunstâncias (forma de acondicionamento e variedade do entorpecente, local e modus operandi do delito, ausência de ocupação lícita do agente etc), indica a dedicação ao tráfico de drogas, impedindo, assim, a aplicação do § 4º. Ademais, é necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório para se chegar à conclusão de que o ora agravante faz jus à referida minorante, o que é vedado em habeas corpus. [...]" (AgRg no HC 447.606/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 26/02/2019.)

Prejudicada, por conseguinte, a análise do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, que depende da aplicação da minorante supramencionada.

Por outro lado, no tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, pondero que, em 27/06/2012, o Tribunal Pleno da Corte Suprema, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/1990 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07) e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, deve o Julgador, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

No presente caso, não houve fundamentação concreta para a fixação do regime inicial

fechado, eis que o acórdão recorrido consignou apenas que:

"[...] da mesma forma, tendo em vista a quantidade e natureza da droga e a dedicação do apelante à atividade criminosa voltada para o tráfico de entorpecentes, o regime estabelecido comporta alteração para o fechado, sendo incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, dada a quantidade da pena ora estabelecida, superior a quatro anos de reclusão." (fl. 37).

Na espécie, considerando que a condenação imposta ao Paciente estabeleceu pena superior a 4 (quatro), mas que não excede 8 (oito) anos de reclusão; que há ausência de circunstâncias judiciais negativas; e que a pena-base foi fixada no mínimo legal, o regime inicial de cumprimento de pena adequado é o semiaberto.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. INDEFERIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

3. Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das expressões 'vedada a conversão em penas restritivas de direito' e 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito', constantes, respectivamente, do §4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

4. Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual: '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'. Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias.

5. Considerando o quantum da condenação (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade da paciente, o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, configura constrangimento ilegal a aplicação do regime inicial fechado e a negativa de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais." (HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016.)

Na hipótese, considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do Acusado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, a fixação do regime inicial semiaberto.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para, confirmando a liminar, estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de março de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora