HABEAS CORPUS Nº 456.110 - SP (2018/0155298-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIEL BIDOIA DONADE - SP302518
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RONNEY YUSSEF SILVA PEREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS NA FORMA PRIVILEGIADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). *QUANTUM* DE REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "*C*", e § 3º, DO CÓDIGO PENAL – CP C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A jurisprudência deste Tribunal Superior, firmou-se no sentido de que, na escolha do *quantum* de redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Magistrado deve levar em consideração a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06). No caso dos autos, não se mostra desarrazoada a aplicação do *quantum* de redução no patamar de 1/2, tendo em vista a quantidade da droga apreendida e as circunstâncias do delito.

3. Ademais, a reforma do entendimento consignado pelas instâncias ordinárias no que se refere ao *quantum* de redução aplicado constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42, da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

5. No caso dos autos, aplicada a causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, somado ao *quantum* da condenação (2

anos e 6 meses de reclusão), à primariedade e ao fato de não terem sido apontadas outras circunstâncias desfavoráveis, entendo que o paciente faz *jus* ao regime aberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, *c*, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Corte de Justiça.

6. O col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Com efeito, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Na hipótese, observo que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, na medida em que não é reincidente em crime doloso e as circunstâncias judiciais o favorecem.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de setembro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

HABEAS CORPUS Nº 456.110 - SP (2018/0155298-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIEL BIDOIA DONADE - SP302518
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RONNEY YUSSEF SILVA PEREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de RONNEY YUSSEF SILVA PEREIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação n. 0001432-39.2016.8.26.0537.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas privilegiado).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena corporal do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Eis a ementa do julgado:

> *Tráfico de entorpecentes Prisão em flagrante Apreensão de diversas porções de maconha Depoimentos dos policiais seguros, coerentes e sem desmentidos Ausência de motivos para duvidar da lisura dessas palavras Responsabilidade dos acusados comprovada Condenação mantida;*
>
> *Tráfico de entorpecentes Corréu primário e sem antecedentes Ausência de prova de que integre associação criminosa ou que se dedique a essas atividades Aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 Possibilidade Regime prisional correto Recursos parcialmente providos* (fl. 44).

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta que o paciente é primário, além de inexistir qualquer elemento indicativo de que se dedique a atividades criminosas ou que seja integrante de organização criminosa, razão pela qual deve ser aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006,

em seu patamar máximo. Afirma, ainda, que o paciente faz *jus* a regime prisional menos gravoso que o fechado e que a pena privativa de liberdade deve ser substituída por restritiva de direitos.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a aplicação do redutor de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 60/61).

Informações prestadas (fls. 69/84).

O Ministério Público Federal opinou *"pelo não conhecimento do writ, e, pela concessão parcial da ordem de habeas corpus"* (fls. 86/93).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 456.110 - SP (2018/0155298-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em sua fração máxima e a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da pena. Pleiteia, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Juízo de primeiro grau aplicou a pena e fixou o regime prisional, sob os seguintes fundamentos:

> *Dessa forma, passarei à dosagem de suas penas à luz do artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei nº. 11.343/06.*
>
> *O réu Ronney é primário e não registra antecedentes criminais (fls.158). Já o acusado Samuel vem se envolvendo com a prática de crimes ao longo dos anos, como se denota de fls.161/168 e fls. 222, sendo certo que possui personalidade comprometida, fazendo das infrações penais seu modo de vida. Dessa forma, atenta a tais circunstâncias, para a necessária e suficiente reprovação e prevenção do delito,* ***fixo a pena base, para o acusado Ronney em 5 (cinco) anos de reclusão*** *e 500 (quinhentos) dias-multa; já para o acusado Samuel, diante de tais circunstâncias, fixo a pena base em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.*
>
> *Na segunda etapa da dosimetria, presente a agravante da multirreincidência do acusado Samuel como fazem provas as certidões de fls.120, 122, e 144, que merece maior reprovabilidade de sua conduta, motivo pelo qual aumento a sua pena de ¼ (um quarto), resultando em 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e ao pagamento de 728 (setecentos e vinte e oito) dias-multa com relação a ele. Nesta etapa, inexistentes circunstâncias agravantes ou atenuantes em relação ao acusado Ronney, permanecendo inalterada a pena acima fixada.*
>
> *Impossível o reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 aos acusados, ao revés do quanto requer a Defesa.* ***Isto porque, no caso concreto, o conjunto probatório evidencia que com os réus foi apreendida expressiva***

quantidade de droga e os dois transportavam o entorpecente entre os bairros, mas não quiseram informar a pedido de quem. Tal circunstância deixa evidente que se dedicam às atividades criminosas, pois suas atuações se mostravam determinantes para o abastecimento de entorpecentes entre regiões. Ora, Ronney, responsável pelo transporte de quarenta porções de maconha, admitiu que transportava as drogas, mas não quis apontar o nome da pessoa que havia determinado a fazê-lo.

Forçoso admitir que ele não conhecesse nenhum dos envolvidos no tráfico.

Certamente ele integrava organização criminosa, servindo de "mula". Ao revés, não confiariam a ele o transporte dos entorpecentes. Já o acusado Samuel é multirreincidente, o que impede o reconhecimento da referida causa de diminuição por ausente o requisito legal cumulativo da primariedade.

[...]

Assim, inexistentes causas de aumento ou diminuição, torno definitivas as penas acima fixadas.

As penas deverão ser cumpridas no regime fechado, haja vista que o crime aqui apurado é equiparado ao hediondo, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº. 11.464/07.

[...]

Incabível, igualmente, a substituição da pena privativa de liberdade, seja em razão da quantidade de pena aplicada, seja em razão de sua incompatibilidade com a hediondez do crime [...] (fls. 25/38).

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena corporal do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão, *verbis*:

Assim, o que se tem é que as circunstâncias que cercaram a prisão indicam com segurança que as substâncias apreendidas eram mesmo destinadas à entrega para consumo de terceiras pessoas, de modo que a condenação pelo tráfico de drogas era mesmo a solução correta para o caso em questão.

Resta, portanto, analisar as penas impostas.

Nesse mister, em relação ao réu Ronney a pena base foi estabelecida no mínimo legal, enquanto a de Samuel foi acrescida de 1/6 pelo reconhecimento dos maus antecedentes.

Entretanto, o documento de fls. 161/168 não é apto a demonstrar os maus antecedentes de Samuel, enquanto a certidão de fls. 222 aponta processo onde foi extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Portanto, também inapta a justificar o aumento da pena base por esse motivo, de sorte que a pena base de Samuel deve ser reduzida para o mínimo legal de 5 anos e 500 dias-multa.

> *Na segunda fase, a pena de Rooney não sofreu alterações em razão da ausência de circunstâncias modificadoras e a de Samuel foi majorada em razão da reincidência.*
>
> *Contudo, considerando que duas condenações justificam o reconhecimento da agravante (fls. 120 e 144) a de fls. 122 é a mesma retratada a fls. 222 e, como se viu não gera reincidência tem-se que o aumento de 1/5 é justo e suficiente à reprovação da conduta, de modo que a pena de Samuel fica reduzida e definitivamente estabelecida em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, pois a agravante justificou o afastamento da regra prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que tem como requisitos a primariedade e bons antecedentes, hipóteses em que, como se viu, este réu não se encaixa.*
>
> ***Por outro lado, quanto ao corréu Ronney, tratando-se de acusado primário, sem que a prova demonstre que se dedique exclusivamente a atividades criminosas, tampouco que integre organização dessa natureza, tem-se como possível a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos.***
>
> ***Assim, entende-se justa e suficiente à reprovação da conduta, inclusive considerando a quantidade de droga apreendida que não foi observada na primeira fase de dosimetria a redução da pena em 1/2, o que a torna definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, de valor unitário mínimo.***
>
> *Em relação ao regime de cumprimento de pena, cumpre considerar que o tráfico de drogas causa indiscutível abalo à ordem pública, na medida em que o traficante consegue atingir um número elevado de pessoas, que acabam se envolvendo em outros delitos. Por isso, de rigor a segregação dos agentes por mais tempo no regime fechado, onde poderão demonstrar aptidão e preparo para voltar a conviverem em sociedade, sem desconsiderar, de qualquer forma, que foi declarado inconstitucional a obrigatoriedade desse regime.*
>
> *Tampouco é o caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (que, em tese, só caberia para Rooney, pois a pena de Samuel é superior a 4 anos), pois o traficante, longe de ser agraciado com os benefícios reservados a crimes menos graves, deve ser retirado da sociedade, cada vez mais temerosa e abalada com o avanço da criminalidade [...]* (fls. 43/52).

Inicialmente, cumpre ressaltar que aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.

In casu, o entendimento consignado pelo Tribunal de origem está em consonância com com a jurisprudência desta Corte Superior, firmada no sentido de que, na escolha do *quantum* de redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Magistrado deve levar em consideração a quantidade e a

natureza das substâncias apreendidas, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTUM DE REDUÇÃO. DIVERSIDADE DAS DROGAS. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA A DIMINUIÇÃO EM FRAÇÃO DIVERSA DA MÁXIMA. QUANTIDADE UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE E DIVERSIDADE NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E PARA OBSTAR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.*
>
> *2. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.*
>
> ***3. No caso, não comporta reparo a fixação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na fração de 1/2, porquanto aplicado dentro dos parâmetros legais, afastando-se do máximo em virtude da diversidade dos entorpecentes, o que constitui fundamento idôneo.***
>
> *4. Ressalta-se que não configura bis in idem a utilização de fundamentos diversos para exasperar a pena na primeira fase e para arbitrar a fração de redução na terceira fase da dosimetria. Hipótese em que a pena-base afastou-se do mínimo legal com fundamento na quantidade dos entorpecentes e o redutor não foi aplicado na fração máxima com base na diversidade das drogas apreendidas.*
>
> *5. A valoração negativa da quantidade e diversidade dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por medidas restritivas de direitos. Precedentes.*
>
> *6. Habeas corpus não conhecido* (HC 377.869/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 27/04/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ADEQUADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. 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 integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese na qual o Tribunal de origem, de forma motivada, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade e a natureza da droga apreendida - 72 pedras de crack (43g) -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/6, o que não se mostra desproporcional.

5. Mantido o quantum da sanção corporal imposta em patamar superior a 4 anos de reclusão, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

6. Consoante firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 126.292/SP (Rel. Ministro Teori Zavascki, em 17/2/2016), "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Reconhecida a repercussão geral do tema, esse posicionamento foi reafirmado no Plenário Virtual, em 11/11/2016.

7. Habeas corpus não conhecido (HC 378.141/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 27/04/2017).

Ademais, a reforma do entendimento consignado pelas instâncias ordinárias no que se refere ao *quantum* de redução aplicado constitui matéria que

refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUANTO AO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *- **Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006**, quando a sentença e o acórdão recorridos, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamentam o patamar escolhido, concretamente, na quantidade e variedade das drogas apreendidas, quais sejam, 50,0g de maconha, 21,6g de cocaína e 9,7g de crack **Ademais, alterar a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.***
>
> *[...]*
>
> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto* (HC 310.789/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

> *PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. NATUREZA DA DROGA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA NÃO EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALOR FIXADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *[...]*
>
> *3. **In casu, o estabelecimento do redutor na fração de 1/2 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução***

> ***aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.***
>
> *[...]*
>
> *5. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo, a fim de que se proceda à adequada fundamentação no que concerne ao quantum fixado a título de prestação pecuniária* (HC 354.491/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 13/06/2016).

Quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Por outro lado, esta Corte Superior, por ocasião do julgamento da Pet n. 11.796/DF, de relatoria da em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, afetado ao rito dos recursos repetitivos, consignou o entendimento de que o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do Enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 29/11/2016).

Sedimentou-se também, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, aplicada a causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, somado ao *quantum* da condenação (2 anos e 6 meses de reclusão), à primariedade e ao fato de não terem sido apontadas outras circunstâncias desfavoráveis, entendo que o paciente faz *jus* ao regime aberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, *c*, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Corte de Justiça.

A propósito:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE*

ENTORPECENTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NÃO DEMONSTRADAS PELO ACÓRDÃO ESTADUAL. ILEGALIDADE CONFIGURADA. RECURSO PROVIDO.

[...]

REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS.

1. ***Reduzida a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos, ante a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de entorpecente apreendido, proporcional o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas, nos termos dos art. 33, § 2º, letra "c", § 3º e 44, ambos do CP.***

2. ***Agravo regimental provido para absolver a agravante pelo delito de associação para o tráfico de entorpecentes e redimensionar sua pena para 2 anos e 6 meses de reclusão e multa, em regime inicial aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem designadas pelo Juiz Criminal competente*** (AgRg no AREsp 1181560/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 04/05/2018).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/6. NATUREZA DA DROGA. QUANTIA INEXPRESSIVA. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

[...]

4. Hipótese em que, embora a instância antecedente tenha se valido da natureza da droga (cocaína) para fixar o patamar de redução em 1/6, à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente e considerando sua primariedade, os bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, sobretudo quando não expressiva a quantia de entorpecente apreendido (9 trouxinhas de cocaína). Precedentes.

5. ***Estabelecida a reprimenda final em 2 anos e 11 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo***

favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, redimensionando a pena da paciente para 2 anos e 11 meses de reclusão mais 291 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo Execução (HC 415.735/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 26/03/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRIMARIEDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA TOTAL INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. Por outro lado, esta Corte Superior, por ocasião do julgamento da Pet n. 11.796/DF, de relatoria da em. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, afetado ao rito dos recursos repetitivos, consignou o entendimento de que o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do Enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça (Pet 11.796/DF, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 29/11/2016).

4. ***Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal, em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga. Assim, o regime prisional deverá***

ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. No caso dos autos, em razão da primariedade do paciente, do quantum de pena aplicado - 2 anos e 11 meses de reclusão -, da inexistência de circunstância judicial desfavorável, bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. *Precedentes.*

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto para cumprimento da pena (HC 439.422/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 02/05/2018).

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DELITO NÃO HEDIONDO. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC Nº 118.533/MS. MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DA QUINTA E SEXTA TURMAS. REVISÃO DO ENTENDIMENTO ANTERIORMENTE CONSOLIDADO PELA TERCEIRA SEÇÃO. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 512/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto. Outrossim, de acordo com o entendimento recentemente firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC n.º 118.533/MS, julgado em 23.6.2016), "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda". Mudança de posicionamento quanto ao tema por parte da Quinta e Sexta Turmas desta Corte Superior, que culminou na revisão do entendimento anteriormente consolidado, pela Terceira Seção, e no cancelamento do enunciado n.º 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

2. ***As instâncias de origem justificaram a imposição do regime inicial fechado tão somente com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito de tráfico, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento jurisprudencial pátrio. Assim, é imperiosa a fixação do regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, tendo em vista o quantum da reprimenda final imposta, a saber, 2 anos de reclusão.*** *Ressalva do entendimento pessoal desta Relatora.*

3. Ordem concedida, a fim de fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo juízo da execução penal (Ação Penal nº. 1500781-03.2017.8.26.0567) (HC 438.138/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 11/05/2018).

No que se refere à substituição da pena por restritiva de direitos, constato que, no julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a

inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o referido benefício, nos termos do art. 44 do CP.

Destarte, observo que o paciente preenche os requisitos previstos no referido dispositivo legal, na medida em que não é reincidente em crime doloso e as circunstâncias judiciais o favorecem. Assim, o acórdão impugnado merece reparo também quanto a esse ponto. Confira-se:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DE FATOS. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DA DROGA. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.*
>
> *[...]*
>
> *4. Hipótese em que, à míngua de outros elementos probatórios que denotem que o paciente se dedique ao tráfico ou que integre organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a quantidade da droga apreendida (300g de maconha) não se mostra suficiente para, por si só, impedir a concessão de benefício, cabendo, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/2, atento aos vetores do art. 42 da referida Lei.*
>
> *5.* ***Estabelecida a reprimenda final em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.***
>
> *6.* ***Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.***
>
> *7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de*

> *ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, ficando a pena final em 2 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 250 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução* (HC 433.010/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 25/04/2018).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0155298-7 **HC 456.110 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00014323920168260537 14323920168260537 21912016

EM MESA JULGADO: 04/09/2018

Relator
Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário
Bel. FRANCISCO PEREIRA DA SILVA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIEL BIDOIA DONADE - SP302518
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RONNEY YUSSEF SILVA PEREIRA (PRESO)
CORRÉU	:	SAMUEL SERRA DE OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.