

HABEAS CORPUS Nº 468.635 - SP (2018/0235029-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VIVIAN MONSEF DE CASTRO - SP265820
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE ELIAS SANTOS DE SOUZA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de JOSÉ ELIAS SANTOS DE SOUZA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação Criminal n. 0055413-52.2017.8.26.0050.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico ilícito de entorpecentes privilegiado), à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por restritiva de direitos.

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu provimento ao apelo para afastar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, redimensionando a reprimenda para 6 anos e 10 meses de reclusão, determinando o regime fechado e afastando a substituição da pena. O acórdão ficou assim ementado:

Tráfico de drogas. Apreensão de 16 invólucros de cocaína com peso líquido de 5,7g. Sentença Procedente. Recurso da acusação. Pedido de elevação da pena-base. Possibilidade. Os maus antecedentes são circunstâncias judiciais negativas e, portanto, permissivas da pretendida elevação. Afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º da Lei de Tóxicos. Pertinência. Ausentes os requisitos legais, o benefício deve ser afastado. Regime fechado é o adequado como sanção penal, devendo ser cassada a conversão da reprimenda corporal em alternativa. Recurso provido com redimensionamento da pena (fls. 30).

No presente *writ*, a impetrante sustenta a ilegalidade do afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com base na existência de maus antecedentes, considerando que as referidas condenações já foram atingidas pelo

período depurador. Invoca a existência de requisitos pessoais favoráveis e alega que, preenchidos os requisitos legais, é imperiosa a aplicação do referido redutor em seu patamar máximo.

Noutro ponto, assevera a inidoneidade dos fundamentos utilizados para a fixação do regime fechado, apontando afronta às Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e à Súmula n. 440 desta Corte Superior de Justiça.

Requer, em liminar, que o paciente possa aguardar o julgamento deste *habeas corpus* em liberdade e, no mérito, o restabelecimento da aplicação da causa de diminuição da pena em seu grau máximo, com a fixação do regime prisional aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 50/52). As informações foram prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 59/61 e 64/91).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 93/95).

É o relatório.

Decido.

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 – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

No caso dos autos, a impetrante busca a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo, a fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O paciente foi preso em flagrante, em local conhecido como ponto de venda de drogas, trazendo consigo 16 invólucros de cocaína pesando 5,7g.

Diante disso, o Juízo de primeiro grau condenou o paciente por tráfico de drogas à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 166 dias-multa, substituindo a reprimenda corporal por uma pena restritiva de direito, nos seguintes termos:

O réu é primário e não ostenta antecedentes que possam ser considerados desabonadores (fl. 97), de modo que, atento aos ditames do artigo 42 da Lei nº 11.343/06 e do artigo 59 do Código Penal, estabeleço a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Inexistem agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou diminuição de pena a serem consideradas.

Por fim, tratando-se de réu primário, sem antecedentes criminais, e não havendo prova de que se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa, mormente em razão da quantidade de droga apreendida não ser expressiva aplica-se ao caso o redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, motivo pelo qual as penas sofrem o decréscimo de 2/3 ficando definitivamente estabelecidas em 01 ano e 08 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa.

A pena privativa de liberdade aplicada será inicialmente descontada em regime ABERTO, a teor do artigo 33, § 3º, do Código Penal, anotando-se que o réu poderá recorrer em liberdade.

A sanção pecuniária é fixada com piso unitário correspondente a 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente à época do fato, tendo-se especialmente em conta a ausência de elementos quanto à situação econômica do réu.

Presentes, outrossim, os requisitos do artigo 44 do Código Penal, SUBSTITUO a sanção carcerária por uma multa no valor de 10 (dez) dias-multa e uma pena restritiva de direito na modalidade de prestação de serviços à comunidade pelo igual período, em local a ser designado na fase de execução, aptas à prevenção e repressão do delito praticado (fls. 26/27).

O Tribunal de Justiça *a quo*, por sua vez, deu provimento ao recurso do Ministério Público, para afastar a redutora da Lei n. 11.343/06 e redimensionar a pena imposta para 6 anos e 10 meses de reclusão, bem como, também, instituiu o regime inicial fechado. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão, *verbis*:

O pedido de elevação da pena-base comporta guarida.

Isso porque, o increpado é portador de maus antecedentes, ostentando duas condenações pretéritas pelo crime previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76 (tráfico de drogas), a saber, processo n. 163/1996, com cumprimento da execução em 26/02/1999 e processo n. 12328/2003, com trânsito em julgado aos 17/12/2003, confira-se fls. 79/80.

Por outro lado, em apreço aos preceitos da razoabilidade e proporcionalidade, não se há considerar a natureza da droga para impor a majoração.

Aqui, embora a natureza letal da droga apreendida revele nocividade de maior grau em relação a outras espécies de substâncias

entorpecentes, implicando, em princípio, maior reprovabilidade da conduta do apelante, a quantidade apreendida, pese relevante para caracterização da traficância, não se apresentou exorbitante a ponto de autorizar a elevação da pena-base acima do mínimo legal, quando comparada a casos análogos.

Sendo assim, por conta da presença dos maus antecedentes, eleva-se a pena-base em 1/3, perfazendo 6 anos e 8 meses de reclusão, mais 666 dias-multa, no piso legal.

Comporta acolhimento o pedido de afastamento do redutor do art. 33, § 4º da Lei de Tóxicos.

A incidência de tal minorante está condicionada ao preenchimento cumulativo dos requisitos legais, quais sejam, primariedade, bons antecedentes e que o agente não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Ora, se não é primário ele não cumpriu os requisitos para merecimento do redutor (leia-se o teor do art. 33, §4º da Lei 11.343/2006, verbis, "desde que o agente seja primário, de bons antecedentes").

A referida causa de diminuição de pena está vinculada à adequação dos requisitos definidos no mencionado dispositivo e não há de ser aplicada quando constatada a hipótese de reincidência ou maus antecedentes (STF -HC 110438/MS - 2ª T. - rei. Min. Cármen Lúcia -j. 25.9.2012).

Sendo assim, com a exclusão da causa especial de diminuição de pena, a reprimenda resta mantida no patamar inicial de 6 anos e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 666 dias-multa.

-4-

No que tange ao regime penitenciário, a obrigatoriedade do programa inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo Col. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, no Pleno, rei. Min. Dias Toffoli.

Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei (STJ - HC 272.152/SP - rei. Min. Marilza Maynard -6ª Turma -J. 10.12.2013).

Impossível olvidar a natureza da infração e os males que a mesma provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta. O art. 33, §3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador.

(...)

A fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade, além da natureza, justifica-se pelos maus antecedentes, por interpretação conjunta dos arts. 33, §2º, alínea "b" e 59 do Cód. Penal.

Portanto, o regime penitenciário deve ser recrudescido para o programa inicial fechado.

-5-

Por fim, não é caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Col. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no ponto em que vedava, ao réu condenado por tráfico de entorpecentes, a conversão da pena privativa de liberdade em outra restritiva de direitos (HC n. 97.256, j. em 1.9.2010, rei. o Min. Ayres Britto).

O envolvimento com o mercado proscrito, a natureza e quantidade apreendida, o clima de instabilidade social trazido pela traficância não coadunam com os requisitos legais delineados no inc. III do art. 44 do Cód. Penal – as circunstâncias não indicam que eventual substituição seria suficiente.

(...)

Ante o exposto, nos termos do voto, dou provimento ao recurso para elevar a pena-base, pelos maus antecedentes, afastando a aplicação da causa de redução de pena prevista no art. 33, §4º da lei n. 11.343/06, redimensionando a reprimenda para 6 anos e 10 meses de reclusão, mais 666 dias-multa, bem como para adotar o programa fechado para início do cumprimento da sanção penal e cassar a substituição da reprimenda corporal operada, mantendo-se, no mais, inalterada a r. sentença (fls. 32/40).

Na hipótese, verifico que não há ilegalidade na fundamentação apresentada pelo Tribunal *a quo* para afastar a aplicação no caso concreto da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente às atividades criminosas, evidenciada pelos antecedentes criminais, pois possui duas condenações anteriores pelo crime de tráfico de drogas (processos n. 163/1996 e 12328/2003), o que justifica o afastamento da benesse em questão, de acordo com a jurisprudência da egrégia Quinta Turma desta Corte Superior.

Vale ressaltar que *"para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade"* (HC 429.723/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 16/02/2018).

Acrescente-se, ainda, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável

em sede de *habeas corpus*.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTO VÁLIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8. VALORAÇÃO NEGATIVA DE APENAS UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. QUANTIDADE DA DROGA NÃO EXPRESSIVA. MODO SEMIABERTO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. 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.

2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuente dos elementos do delito, e em decisão motivada.

Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em 10 meses de reclusão com fundamento nos maus antecedentes do paciente, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos).

4. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção, pelo Código Penal, do Sistema da Perpetuidade. Precedentes.

5. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

6. Reconhecidos os maus antecedentes do paciente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais.

7. *Estabelecida a pena em 5 anos e 10 meses de reclusão e sendo desfavorável apenas uma circunstância judicial (maus antecedentes), excepcionalmente, impõe-se a readequação do regime prisional para o semiaberto, dada a quantidade não expressiva dos entorpecentes apreendidos. Precedentes.*

8. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva (HC 462.899/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 05/11/2018).*

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE EXACERBADA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO JÁ ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR QUINQUENAL. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. PACIENTE QUE SE DEDICAVA AO TRÁFICO DE FORMA HABITUAL. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA EM DADOS CONCRETOS EXTRAÍDOS DOS AUTOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- A dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Apesar de condenações anteriores transitadas em julgado, e já alcançadas pelo período depurador quinquenal, não podem ser utilizadas a título de reincidência, nada impede sejam apreciadas, na primeira fase da calibragem, para negativar os antecedentes criminais, conforme remansosa jurisprudência desta Corte Superior.

Excepcionalidade não comprovada na situação em foco (RvCr 3.601/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017).

- Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.

- As instâncias de origem, com base nas provas dos autos, entenderam que não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio uma vez que o paciente, além de possuir maus antecedentes, se dedicava ao tráfico de forma habitual.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que

o quantum da reprimenda comporta, até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Nesse sentido, as Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719, ambas do STF.

- Embora a Corte de origem tenha feito alusão à gravidade abstrata do delito, também motivou o recrudescimento do regime na existência de maus antecedentes, circunstância idônea e suficiente para tal fim, na esteira do § 3º do art. 33 do Código Penal, e na jurisprudência desta Corte Superior.

- Agravo regimental não provido (AgRg no HC 447.359/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/06/2018).

Por outro lado, 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.

É firme neste Tribunal Superior de Justiça a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê:

Súmula 440/STJ - 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.

No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Ademais, 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.

In casu, resta evidenciado o constrangimento ilegal na imposição do regime fechado pelo Tribunal Estadual, pois, a fixação foi em razão da hediondez e da gravidade abstrata do delito, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte Superior, mormente se considerarmos que a quantidade de droga apreendida não foi elevada (5,7g de cocaína). Dessa forma, e ainda, considerando que o paciente é primário, bem como o *quantum* de pena aplicado (6 anos e 10 meses de reclusão), correta a fixação do regime **semiaberto**, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA N. 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. QUANTIDADE DA DROGA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME FECHADO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "B", E § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. *Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.*

2. *Inquéritos policiais, ações penais em andamento e até mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, e servir de supedâneo para justificar o afastamento da reprimenda básica do mínimo legalmente previsto em lei, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade. Nesse diapasão, a Súmula n. 444/STJ.*

3. *A majoração da pena-base também com fundamento na quantidade da droga apreendida - não foi examinada pelo Tribunal a quo, circunstância que impede o pronunciamento desta Corte a respeito,*

sob pena de indevida supressão de instância.

4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2.º 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.

5. 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.

6. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade técnica do réu, a quem foi imposto reprimenda definitiva de 5 anos e 7 meses de reclusão, e considerando que a quantidade de droga apreendida não é elevada - 14,5 gramas de maconha - cabível a imposição do regime inicial semiaberto para cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda ao patamar de 5 anos e 6 meses de reclusão, além do pagamento de 600 dias-multa, e fixar o regime inicial semiaberto para o seu cumprimento (HC 438.353/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 12/09/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTES CONDENADOS À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PRIMARIEDADE E PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE POSSIBILITAM O REGIME INTERMEDIÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- **Hipótese em que o acórdão recorrido não apresentou fundamentação concreta acerca da necessidade do regime mais gravoso, destacando, apenas, a gravidade abstrata do delito, o que configura constrangimento ilegal. Assim, considerando a pequena quantidade das drogas apreendidas, a primariedade dos pacientes e o fato de a pena aplicada ser superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, cabível, na espécie, o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.**

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, modificando o regime de cumprimento da pena dos pacientes para o inicial semiaberto (HC 394.556/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2017).

Por fim, mantida a pena fixada pelas instâncias ordinárias superior a 4 anos, o pleito quanto ao regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos encontra-se prejudicado, haja vista que o paciente não preenche os requisitos previstos no art. 33, § 2º, alínea "c" e no art. 44, ambos do Código Penal.

Quanto ao tema, cito o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. PACIENTE CONDENADO À PENA TOTAL DE 6 ANOS, 10 MESES e 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E TRÁFICO DE DROGAS. CONCURSO MATERIAL. DELITOS AUTÔNOMOS. MANUTENÇÃO. PREJUDICADOS OS PEDIDOS DE FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MONTANTE QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a

espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão recorrido aponta a necessidade de uma maior repressão do delito, ante a sua gravidade concreta, evidenciada esta última pela quantidade e nocividade dos entorpecentes apreendidos (cocaína e crack). Ademais, alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

- Havendo as instâncias ordinárias consignado que a conduta de porte de arma de fogo é autônoma ao delito de tráfico de drogas, correta é a incidência do cúmulo material, não havendo possibilidade de, na via do writ, modificar a conclusão da Corte local para fazer incidir, na espécie, a regra do concurso formal de crimes. Precedentes.

- Inalterado o montante da pena aplicada (6 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão), restam prejudicados os pedidos de fixação do regime prisional aberto e de substituição da pena por medidas restritivas de direitos, pois inadimplidos os requisitos do art. 33, § 2º, c, e art. 44, I, ambos do CP.

- Habeas corpus não conhecido (HC 410.152/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 26/09/2017).

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda do paciente, mantendo-se os demais termos do édito condenatório.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator