

**HABEAS CORPUS Nº 490.108 - SP (2019/0018267-7)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE : EDER PEREIRA BAHIA**  
**ADVOGADO : EDER PEREIRA BAHIA - SP287830**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : BRUNO ROCHA SANCHIS (PRESO)**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **BRUNO ROCHA SANCHIS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado pelo crime do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa apelou ao Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso e manteve a sentença em julgado assim ementado:

"Tráfico de drogas. Recurso defensivo que visa a absolvição do apelante, ou a desclassificação da sua conduta para a prevista no artigo 28 da Lei Antidrogas. Autoria e materialidade comprovadas. Destinação do entorpecente ao comércio ilícito evidenciado pelas circunstâncias da prisão. Impossibilidade de redução das penas por aplicação do art. 33, § 4º, em seu grau máximo, ante a quantidade e qualidade das drogas apreendidas. Regime fechado mantido. Recurso desprovido." (e-STJ, fl. 28.)

Neste *writ*, a defesa alega que o paciente tem direito a aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, porque preenche os requisitos legais.

Sustenta que a fixação de regime mais gravoso sem a devida motivação, viola o art. 33, § 2º, c, do Código Penal e as Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF. Salienta a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Requer, assim, a incidência da minorante em 2/3 e, consequentemente, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

A liminar foi deferida para o paciente aguardar no regime semiaberto, o julgamento final deste *writ* (e-STJ, fls. 48-51).

O Ministério Público Federal opina pelo parcial conhecimento do *habeas corpus* e, no mérito, pela concessão parcial da ordem de ofício (e-STJ, fls 151-153).

**É o relatório.**

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Passo ao exame das alegações da defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Juízo singular aplicou a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração de metade, em decisão assim fundamentada:

"O artigo 33, parágrafo 4º, da lei agora em vigor, dispõe que: [...]. Ao dispor que as penas 'poderão' ser reduzidas, evidentemente referindo-se às penas previstas no 'caput' daquele dispositivo, a norma em questão não impõe a redução da pena, em todos os casos, aleatoriamente, o que ofenderia à Constituição Federal. A norma do parágrafo 4º em questão prevê situações que, se constatadas, certamente inviabilizarão, por completo, o benefício. [...]

No caso dos autos, verifica-se que foi apreendida **duas espécies de droga em poder do réu**, menor de 21 anos, em quantidade não exagerada, possibilitando a aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06. **Em razão da natureza das drogas apreendidas e das circunstâncias do caso concreto, a redução da pena será de 1/2.**

Com efeito, em poder do réu, que estava em conhecido ponto de comercialização de drogas, foram apreendidas porções de cocaína, droga que possui efeitos devastadores, o que justifica a redução supracitada. Isso porque, este juízo entende que a aplicação em seu grau máximo deve ser reservada para as hipóteses em que o agente é flagrado com pequena porção de drogas mais fracas como a maconha. Para os casos de apreensão de diminuta porção de cocaína, a redução deve ser intermediária. Por fim, quando se trata de tráfico de **crack ou de crack e cocaína a redução deve ser mínima.** (e-STJ, fls. 21-25.)

Ao analisar o tema, a Corte de origem manteve a decisão singular no ponto:

"Não merece acolhimento o pedido de aplicação do redutor de penas previsto no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, **em seu grau máximo, em face da quantidade e diversidade de drogas apreendidas (39 porções de cocaína e 3 porções de maconha).**

Como se tem decidido, **nas situações em que a conduta do agente envolve a diversidade ou elevadas quantidades de drogas, o citado benefício deve ser aplicado com reserva, [...].**

Nesse sentido, aliás, o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça, ao propugnar que o benefício em questão não é aplicável nem mesmo a favor dos réus primários quando **"a intensidade de dolo se justificar na expressiva quantidade de entorpecente apreendida"**. (e-STJ, fls. 32-33,)

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.

Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os

Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

*In casu*, como se observa, as instâncias antecedentes justificaram a incidência da minorante em 1/2, com fundamento na natureza e na quantidade da droga apreendida – 10g de maconha e 75g de cocaína –, conforme autoriza a jurisprudência desta Corte. Dessa forma, tendo sido apresentado fundamento idôneo para o índice definido, a alteração desse *quantum* é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A respeito, confirmam-se os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"[...]

- 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.

- 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 o caso concreto aponta que foram apreendidas duas espécies de entorpecentes (maconha e cocaína), as quais demonstram a gravidade concreta do delito, a ensejar a necessidade de uma redução menor do *quantum* da pena, para uma efetiva prevenção e repressão do delito em epígrafe. 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.

"[...]

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto em favor do paciente, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006."

(HC 368.418/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 1/2/2017).

"[...]

III - A quantidade e a natureza da droga apreendida, aliadas a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade delitiva ou participação efetiva em organização criminosa, ora pode funcionar como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, seja aferido como parâmetro para definir o *quantum* da redução da pena. (precedentes).

IV - Na hipótese, tanto o juiz singular (fls. 53-54) quanto o eg.

Tribunal sul mato-grossense (fl. 67) aplicaram a causa de diminuição do tráfico privilegiado, na fração de 2/5 (dois quintos), levando em consideração a quantidade e a natureza da droga apreendida.

*Habeas corpus* não conhecido."

(HC 381.604/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 21/3/2017).

No que concerne ao pedido de alteração do regime prisional, assiste razão ao impetrante.

O Tribunal de origem manteve o regime mais severo pelos seguintes fundamentos:

"No caso em apreço, revelando o quadro probatório que o acusado dedicava-se ao tráfico de maconha e cocaína, sendo esta última matéria-prima para o fabrico do "crack", exatamente a droga que maior dano vem provocando à saúde pública e, indiretamente, a segurança pública, era natural que a conclusão quanto ao regime apropriado a fase inicial de cumprimento da pena corporal fosse no sentido do fechado. A proposta de que reprimir a conduta por ele praticada via dos regimes mais brandos certamente seria naturalmente entendida como resposta estatal excessivamente amena, contribuindo à criação de um ambiente de impunidade - entendido como o sentimento coletivo de que a atividade persecutória penal se limita a um mero embate intelectual de argumentos jurídicos, sem qualquer resultado prático ou repercussão social -, que fomenta a reincidência." (e-STJ, fl. 36-37.)

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso, observa-se que o Tribunal de origem apontou elementos concretos para justificar o regime mais grave, quando destacou a natureza e a quantidade dos entorpecentes.

Contudo, certificada a primariedade do agente e sendo a pena final aplicada inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido, vejamos estes precedentes:

"[...]

2. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que denotem a habitualidade do paciente na prática delitiva ou ser integrante de organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a quantidade da droga apreendida - 268 gramas

de maconha - não se mostra excessiva, por si só, para impedir a concessão do benefício em questão, cabendo, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/3, atento aos vetores do art. 42 da referida Lei. 3. Embora o acusado seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantidade da substância apreendida, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 478.454/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, j. 5/2/2019, DJe 13/2/2019.)

"[...] A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado. 2. Na espécie, não obstante a sanção tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a gravidade concreta do crime, evidenciada pela expressiva quantidade de droga apreendida, justifica a imposição do modo prisional semiaberto, conforme exegese do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, em combinação com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 3. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 1327843/MS, rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, j. 7/2/2019, DJe 14/2/2019.)

Por fim, registre-se que a quantidade e a espécie das drogas apreendidas revelam a maior reprovabilidade das circunstâncias do delito, o que impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, de acordo com o art. 44, III, do CP (AgRg no REsp 1.687.108/RS, rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 19/9/2017, DJe 11/10/2017; AgRg no AREsp 972.482/SC, rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, j. 17/4/2018, DJe 30/4/2018).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, de ofício, **concedo a ordem**, para, **ratificando** a concessão da **medida liminar**, estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator