

HABEAS CORPUS Nº 495.159 - SP (2019/0054573-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : ROBERTO PORTUGAL DE BIAZI
ADVOGADO : ROBERTO PORTUGAL DE BIAZI - SP0357005
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JACQUELINE BAILON DE OLIVEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de JACQUELINE BAILON DE OLIVEIRA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0042541-57.2009.8.26.0576.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada, em primeira instância, nas sanções do art. 28, inciso I, da Lei n. 11.343/06, à pena de Advertência sobre os efeitos das droga, cominando-lhe a obrigação de submeter-se a garantia do cumprimento da pena ora imposta, fixando em 40 (quarenta) dias-multa referida garantia (fls. 2-26).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu provimento ao apelo ministerial para condenar a paciente por infração ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, ao cumprimento de pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, em v. acórdão assim ementado:

"TRÁFICO DE DROGAS. Pedido de condenação. POSSIBILIDADE. Autoria e materialidade delitivas incontroversas. Provas colhidas indicam que a acusada trazia a droga apreendida para fins de comercialização. Elementos seguros para a condenação no tráfico. RECURSO PROVIDO" (fl. 28).

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a

ocorrência de constrangimento ilegal na condenação da paciente pelo crime de tráfico de drogas.

Para tanto, sustenta, que a quantidade de droga é ínfima e insignificante, ou seja, 2g (dois gramas).

Assevera, ainda, que "[...] *deve incidir o assim denominado princípio da insignificância, pois a tutela penal se mostra absolutamente desnecessária, custosa e equivocada em casos assim. O grau de lesividade da conduta imputada à paciente é mínimo, afastando a própria tipicidade material do delito*" (fl. 11).

Afirma, ademais, que "*Caso assim não se entenda, então é mesmo o caso de se restabelecer a sentença proferida pelo Eminentíssimo Juízo Criminal de São José do Rio Preto (doc. 1), desclassificando a conduta atribuída à paciente para aquela prevista no artigo 28, da Lei nº. 11.343/2006 (porte de drogas para uso próprio), afinal, “Afirmar que as pedras de ‘crack’ apreendidas em poder da ré destinavam-se exatamente para a comercialização, simplesmente em decorrência de uma denúncia anônima ou, pelo fato de que a droga, se fosse para o uso próprio, poderia estar guardada em outro local, seria fruto de presunção, de conjectura”*" (fl. 12).

Argumenta, também, que "[...] *já é um esforço hercúleo (inadmissível, em verdade) afirmar que 2g de droga atesta, acima de qualquer dúvida razoável, que a substância era destinada ao tráfico. Para além disso, afirmar que essa quantia impossibilita a redução da pena em dois terços, como autoriza a lei, é um verdadeiro absurdo*" (fl. 13).

Requer, assim, a concessão da ordem para "[...] **determinar o trancamento da ação penal**, ou até mesmo para absolver a paciente nos moldes do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, ante a atipicidade material da conduta imputada. **Subsidiariamente**, requer seja restabelecida a sentença de primeiro grau, condenando-se a paciente pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006. **Caso assim não se entenda**, com relação à dosimetria da pena, requer seja aplicada a máxima

redução de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas (e não a mínima, como fez o acórdão impetrado), impondo a pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Como a paciente permaneceu presa preventivamente por 7 (sete) meses, ainda que apenas o último pleito seja deferido, requer seja imediatamente expedido o competente alvará de soltura" (fl. 20).

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 47-48.

O pedido de reconsideração, às fls. 64-65, foi **concedido** para fixar o regime **aberto** a paciente, para início de cumprimento da pena, até o julgamento final deste **writ**.

Informações prestadas às fls. 69-70 e 89-91.

O Ministério Público Federal, às fls. 126-127, manifestou-se pela prejudicialidade do **writ**, em parecer assim ementado:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME. SUPERVENIÊNCIA DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA. PERDA DE OBJETO. PREJUDICIALIDADE DO WRIT" (fl. 126).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Desta forma, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, cumpre frisar que o trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, **de plano**, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou prova de materialidade, **o que não se verifica no caso em análise**.

A liquidez dos fatos, **cumpre ressaltar**, constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa, pois o exame aprofundado de provas é inadmissível no âmbito processual do **habeas corpus**, uma vez que seu manejo pressupõe ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante a ponto de ser demonstrada de plano.

Neste sentido, trago à colação os seguintes precedentes desta Corte de Justiça:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. ENTORPECENTE DESTINADO AO CONSUMO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE DOLO DO ACUSADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.

1. Em sede de habeas corpus e de recurso ordinário em habeas corpus somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a manifesta

ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.

2. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no reclamo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.

3. Recurso desprovido" (RHC n. 83.724/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 23/06/2017, grifei).

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE DESEMBARGADOR. DESCABIMENTO. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. EXCEPCIONALIDADE. JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Quinta Turma desta Corte possui entendimento pacificado no sentido de que não cabe recurso ordinário em habeas corpus contra decisão monocrática de Desembargador do Tribunal de origem, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada.

2. Hipótese em que o agravante requer a análise de questões não examinadas pela decisão monocrática impugnada.

3. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte Superior, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se infere na hipótese dos autos.

4. Agravo regimental não provido" (AgRg no RHC n. 67.110/MT, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/06/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. (I) PRISÃO PREVENTIVA. PRETENDIDA REVOGAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO POR CUSTÓDIA DOMICILIAR. PLEITO PREJUDICADO. (II)

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O pleito de substituição da segregação preventiva da paciente pela custódia domiciliar, com fulcro no art. 318, V, do Código de Processo Penal, foi supervenientemente deferido pelo Juízo a quo. Tal o contexto, nesse particular, perde o objeto o presente writ.

2. À exceção de quando se possam emergir dos atos, de forma inequívoca, a atipicidade da conduta, a inocência do acusado ou a extinção da punibilidade, esta Corte é firme na compreensão de não ser possível conhecer do pleito de trancamento da demanda, em âmbito de habeas corpus ou do recurso ordinário respectivo, porquanto ensejaria o reexame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório produzido ao longo da marcha processual, providência incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional, marcado pela celeridade e pela sumariedade na cognição.

3. Caso em que os elementos constantes dos autos demonstram a presença de suporte mínimo à acusação formulada. Além disso, a exordial acusatória indica a existência da prova dos delitos e os indícios suficientes de sua autoria, bem como discrimina a conduta, em tese, praticada pela paciente, preenchendo os requisitos exigidos pelo art. 41 do Código de Processo Penal e assegurando o devido contraditório e a ampla defesa da imputação.

4. Ordem conhecida em parte e, nessa extensão, denegada" (HC n. 394.537/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 09/06/2017, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. IMPORTAÇÃO E DEPÓSITO DE PRODUTOS (SUPLEMENTOS ALIMENTARES E/OU MEDICAMENTOS) PROIBIDOS. DENÚNCIA. DESCRIÇÃO FÁTICA SUFICIENTE E CLARA. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DA MATERIALIDADE. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. TRANCAMENTO E PLEITO ALTERNATIVO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA.

1. Devidamente descritos os fatos delituosos (indícios de autoria e materialidade), não há falar em inépcia.

2. Plausibilidade da acusação, em face do liame entre a pretensa atuação dos recorrentes e os fatos. Em tal caso,

está plenamente assegurado o amplo exercício do direito de defesa, em face do cumprimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

3. O habeas corpus não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta justa causa (ausência de suporte probatório mínimo à acusação), não relevada, primo oculi. Intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do writ.

4. O pleito alternativo de desclassificação, de igual modo, não tem espaço na impetração e na via recursal ordinária, porque também é intento que tem natureza probatória, a ser elucidado sob o crivo do contraditório. Em realidade apresenta-se como a própria oposição ao mérito da persecução penal que ainda deverá ser aferida no juízo de primeiro grau e não no presente meio processual.

5. Recurso ordinário não provido" (RHC n. 80.845/RJ, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 30/05/2017, grifei).

Quanto ao pleito desclassificação para a conduta prevista no art. 28, da Lei de Drogas, o eg. Tribunal de origem entendeu pela existência de provas suficientes da materialidade e da autoria delitiva do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Destacam-se os seguintes trechos do v. acórdão impugnado, **in verbis**:

"Consta da denúncia que, no dia 18 de julho de 2009, no estabelecimento denominado "Bar da Jaqueline". JACQUELINE BAILON DE OLIVEIRA foi abordada por policiais militares com 7 pedras de crack que ocultava em sua calcinha.

A diligência se deu após denúncia anônima de que no local vinha sendo praticado o tráfico de entorpecentes pela denunciada.

A droga apreendida estava embalada individualmente, pronta para a comercialização. Também houve apreensão de um telefone celular e de certa quantia em dinheiro.

A apelada confessou estar na posse do entorpecente, mas justificou sua conduta alegando que era para seu uso.

Ocorre que sendo a droga para uso próprio não haveria necessidade de Jacqueline ocultá-la na calcinha, até porque, o estabelecimento era de sua propriedade.

Interrogada a fls. 90/91, disse que realmente estava com a

droga apreendida pelos policiais, mas que era para seu consumo, sem saber explicar porque teria ocultado as pedras de crack dentro de sua calcinha.

Disse ser usuária de drogas e que já teria sido processada e condenada por fato semelhante.

A materialidade delitiva restou provada consoante o auto de exibição e apreensão de fls. 12/13, laudo de constatação provisória de fls. 15 e o laudo de exame químico toxicológico de fls. 52.

Quanto à autoria, também é incontroversa.

Houve denúncia anônima dando conta que no local Jacqueline estava comercializando drogas. Chegando ao local, os policiais lograram êxito em apreender 7 pedras de crack em poder da acusada, mas especificamente, escondidas em sua calcinha, o que não soube explicar.

Tem-se, ainda, que para os policiais Jacqueline admitiu que a droga destinava-se à venda e que a quantia encontrada com ela referia-se a uma venda que acabará de efetuar.

Ocorre que para a configuração do delito de tráfico não se faz necessário à prova da comercialização. O tipo penal é complexo, com vários núcleos, o que possibilita a tipificação em quaisquer deles, inclusive pelo fornecimento gratuito.

Não há motivos capazes de afastar o depoimento ofertado pelos policiais que em nada se mostrou viciado ou contraditório. Pelo contrário, demonstrou segurança e harmonia com as demais provas produzidas.

Note-se que a acusada chegou a dizer que era a primeira vez que estava vendendo drogas.

Diante desses fatos, de rigor a condenação da apelada pelo tráfico de drogas, como pleiteado pela acusação, pois evidente, pelas circunstâncias que norteiam os fatos, que não era caso de uso de entorpecentes.

Observo que Jacqueline é primária, pelo que fixo a pena base no mínimo legal de 5 anos de reclusão e o pagamento de 500 dias multa.

Cabível a redução nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Conquanto a apelada seja primária e tenha bons antecedentes e também não havendo provas de que integre organização criminosa ou faça do tráfico sua atividade principal, inviável a redução no máximo, pois a indicação quanto ao mínimo e máximo deve se submeter aos critérios do artigo 42 da Lei 11.343/06.

Levando-se em conta o estrago que se alcança com o tipo de droga apreendida com a ré, as consequências do crime por ela praticado na sociedade e para garantir a individualização da pena, a redução deve ser mínima, em 1/6, totalizando 4 anos e 2 meses de reclusão e o pagamento de 416 dias multa.

O regime fechado é fixado, por ser o adequado para a reprovação e prevenção do tráfico, de forma que a agente absorva a terapêutica prisional e sinta o peso de sua responsabilidade pela prática delitiva, tratando-se de situação gravosa, que enseja esse rigor.

ISTO POSTO e o que mais dos autos consta, conhecendo do apelo, a ele É DADO PROVIMENTO para condenar JACQUELINE BAILON DE OLIVEIRA por infração ao artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06, ao cumprimento da pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial fechado e ao pagamento de 416 dias multa, calculados no mínimo legal" (fls. 28-31).

Neste contexto, a alteração do julgado, no sentido de promover a desclassificação, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir a conclusão feita pelas eg. Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do **habeas corpus**, que não admite dilação probatória. Ilustrativamente:

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AMEAÇA. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. MODIFICAÇÃO DAS PREMISSAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SUMULA N. 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO

[...]

2. Extraíndo-se do elenco probatório, que o crime praticado foi motivado por questões de gênero, considerando que a vítima estaria em situação de vulnerabilidade por ser do sexo feminino, para se chegar a conclusão diversa daquela apontada pela sentença e reafirmada no acórdão recorrido seria necessário o revolvimento de todo o acervo fático-probatório, o que esbarra no óbice da Súmula n.

7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp 1145457/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 23/10/2017).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. RENITÊNCIA CRIMINOSA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

1. A aferição sobre a negativa de autoria demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a angusta via do writ, devendo ser a questão dirimida no trâmite da instrução criminal.

[...]

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado" (HC 412.659/MG, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 23/10/2017).

Quanto a figura do tráfico privilegiado, **dispõe o §4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06** que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de **um sexto a dois terços**, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

Esta Corte Superior assentou o entendimento de que "a criação da referida causa especial de diminuição de pena tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização" (REsp 1329088/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 26/4/2013).

Cabe ressaltar que o fato de a lei não estabelecer critérios objetivos para a incidência do benefício não impede que o julgador, no exame do caso concreto e em observância às circunstâncias do fato, possa preencher a lacuna legal, não havendo que se falar em violação ao princípio da legalidade.

Na espécie, o eg. Tribunal de origem aplicou a figura do tráfico privilegiado na fração mínima legal de 1/6 (um sexto), nos seguintes termos:

Levando-se em conta o estrago que se alcança com o tipo de droga apreendida com a ré, as consequências do crime por ela praticado na sociedade e para garantir a individualização da pena, a redução deve ser mínima, em 1/6, totalizando 4 anos e 2 meses de reclusão e o pagamento de 416 dias multa. (fl. 30, grifei).

Extraí-se desse excerto que o fundamento indicado pelo Colegiado estadual para não aplicar a fração máxima não se mostra idôneo, tendo em vista que deixou de apresentar elementos concretos, além de, embora não se possa dizer que seja ínfima, a quantidade de droga apreendida não se revela exagerada (**2g de crack**), mostrando-se insuficiência para que, a partir disso, conclua-se pela fixação da fração mínima.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

PENAL. [...]. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA DO REDUTOR NO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. POUCA DROGA. POSSIBILIDADE. [...]

[...]

II - Em relação à aplicação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve considerar as circunstâncias do caso, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do quantum de diminuição.

Precedentes.

III - Na espécie, não houve sequer fundamentação a lastrear o quantum de aumento da causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), existindo flagrante ilegalidade, a justificar a concessão da ordem de ofício. Nesse contexto, a pequena quantidade de droga apreendida, bem como a primariedade dos pacientes, autorizam a incidência da redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo (2/3). Precedentes.

[...] (HC 421.411/SP, Quilanta Tutma, de minha relatoria, DJe 13/03/2018, grifei)

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PRIMARIEDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS OU PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. PATAMAR MÁXIMO. APLICAÇÃO. [...].

[...].

2. *Em se tratando de réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga (5,11g de crack), estando ainda ausentes elementos concretos que indiquem que o paciente se dedicava às atividades criminosas ou integrava organização criminosa, legítima é a aplicação da causa especial de diminuição (art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, dois terços. Precedentes.*

[...]

(HC 405.719/SP, **Sexta Turma**, Rel, Ministra, **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 18/09/2017)

Desse modo, forçoso reconhecer a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, **no seu patamar máximo, 2/3 (dois terços)**, reduzindo a pena imposta para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**.

Nesse compasso, restando a pena reduzida a patamar inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP) e em razão da primariedade da paciente, das circunstâncias judiciais serem favoráveis, a básica fixada no mínimo legal e da quantidade de droga ter sido pequena, o regime a ser imposto deve ser o **aberto**.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME ABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

II - Ademais, não é idônea a utilização da

*quantidade de droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena Agravo regimental desprovido" (AgRg no RHC 62.627/SP, **Quinta Turma, de minha relatoria**, DJe 15/4/2016).*

No que se refere à substituição da pena por restritiva de direitos, observo que restam preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, merecendo reparo o acórdão impugnado também quanto a esse ponto. Confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CUMPRIMENTO INICIAL EM REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 444/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, 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. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "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". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.

3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 porção de maconha (17,770g), 2 pinos de cocaína (1,61g) e 3 pedras de crack (2.07g), a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da sentença proferida no Juízo de primeiro grau (HC 354.398/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

CONSTITUCIONAL E PENA. HC. RECEPÇÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO DESMOTIVADO. SÚMULA/STJ 440. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO, 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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. De acordo com a 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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, pois o Colegiado de origem não entendeu que as circunstâncias do crime desbordavam das ínsitas ao crime de receptação, não se mostra razoável a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena fundada na gravidade abstrata do delito. Assim, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto.

4. Nos termos do art. 44 do Estatuto Repressor Penal, se aplicada pena não superior a 4 (quatro) anos de reclusão e o crime não houver sido praticado mediante violência ou grave ameaça, desde que o réu não seja reincidente pela prática de crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, bem como os motivos e circunstâncias do crime indicarem a suficiência da medida, poderá a sanção corporal ser convertida em restritiva de direitos. Precedentes.

5. Malgrado preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, verifica-se não que o acórdão condenatório

olvidou-se de analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo a condenação transitado em julgado.

6. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juiz das Execuções Criminais (HC 348.418/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/05/2016).

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para aplicar a causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, **no seu grau máximo**, tornando definitiva a pena da paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixando o regime inicial **aberto** e substituindo a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, nos moldes a serem especificados pelo Juízo da Execução Penal, **porém** transcorridos mais de 4 anos desde a data da publicação do **acórdão condenatório** (1º/10/2012– e-STJ fl. 90) e não havendo outra causa interruptiva da prescrição, declaro **extinta a punibilidade da ora paciente**, nos termos do **art. 110, § 1º, c/c art. 109, V, do Código Penal**.

P. e I.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator