HABEAS CORPUS Nº 418.623 - SP (2017/0252792-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	PAULA REGINA DE CALDAS ANDRADE BARACIOLI
ADVOGADO	:	PAULA REGINA DE CALDAS ANDRADE TONET - SP0353719
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JORGE LUIZ SILVA JUNIOR (PRESO)

DECISÃO

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

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 416 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como foi absolvido da imputação do delito do art. 35 da referida norma.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e acolheu o da acusação, para majorar a pena referente ao delito de tráfico para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão mais pagamento de 680 dias-multa, assim como para condená-lo pelo delito de associação à pena de 4 anos e 1 mês de reclusão mais pagamento de 952 dias-multa.

Por ter o paciente cumprido parte da pena imposta em primeiro grau, já havia sido agraciado com os benefícios previstos aos condenados por tráfico privilegiado, tendo progredido até o regime aberto, oportunidade em que a defesa requereu a concessão de livramento condicional.

Entretanto, tal pleito foi indefiro pelo Juízo de Execução Penal e, diante do novo apenamento imposto, determinou-se o retorno do paciente ao regime fechado, condicionando a concessão do benefício ao cumprimento de 2/3 da pena.

Impetrado *habeas corpus* perante o TJSP, a ordem foi denegada.

Neste *writ*, alega a impetrante que o Supremo Tribunal Federal, no HC 118.533/MS, afastou o caráter hediondo do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, de forma que para concessão do benefício de livramento condicional deve-se exigir o cumprimento de 1/3 da pena e de 1/6 para a progressão de regime.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja afastado o caráter hediondo do delito, de modo que o cálculo penal observe os percentuais previstos aos delitos de natureza comum e, consequentemente, estabeleça o regime aberto e conceda ao paciente livramento condicional, cassando o mandado de prisão expedido.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 62-63).

Parecer do Ministério Público pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 124-130).

É o relatório.

Decido.

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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, em sede de apelo ministerial, o paciente teve sua pena elevada para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão mais pagamento de 680 dias-multa, assim como foi condenado à pena de 4 anos e 1 mês de reclusão mais pagamento de 952 dias-multa, pelo delito de associação.

Como se vê, o não reconhecimento do tráfico privilegiado inviabiliza o afastamento do caráter hediondo do delito, nos moldes do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 118.533/MS.

Nesse sentido, os seguintes julgados desta Corte:

> "PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO E TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO DO ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. MODO INTERMEDIÁRIO ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. MANUTENÇÃO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. NÃO RECONHECIMENTO DA FORMA PRIVILEGIADA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.
> [...]
> 9. Mantida a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inviável a fixação do regime aberto, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos exatos termos dos arts. 33, § 2º, "b", e 44, I, ambos do Código Penal.
> 10. O não reconhecimento do tráfico privilegiado inviabiliza o afastamento do caráter hediondo do delito, nos moldes do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 118.533/MS.
> 11. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 461.769/MS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 19/12/2018).

Desse modo, não se verifica ilegalidade apta a justificar a concessão da ordem por esta Corte.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** deste *habeas corpus*.

Publique-se. Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator