HABEAS CORPUS Nº 389.381 - SP (2017/0038495-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	IVAN JEFERSON DE LIMA (PRESO)
PACIENTE	:	WILLIAN LACERDA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRIMEIRO PACIENTE. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONDENAÇÃO FUNDADA EM OUTROS ELEMENTOS. INAPLICABILIDADE. SEGUNDO PACIENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/2. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. QUANTIA INEXPRESSIVA. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. PLEITO DE DETRAÇÃO. PREJUDICADO. INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA. VIA INADEQUADA. 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.

2. Nos termos do Enunciado Sumular n. 545/STJ, "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal", ainda, que ela tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo. *In casu*, não tendo a confissão do paciente Ivan Jeferson de Lima fundamentado a condenação, é inviável a aplicação da atenuante em comento.

3. 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.

4. 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 no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

5. Hipótese em que, embora a Corte de origem tenha se valido da natureza e da quantidade de droga para fixar o patamar de redução em 1/2, à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente Willian Lacerda e considerando sua primariedade, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal, sobretudo quando não expressiva

a quantidade de entorpecentes apreendidos - 6,77g de *crack*, 2,13g de cocaína e 22,72g de maconha. Precedentes.
6. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 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.
7. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
8. Concedido o regime mais brando para início da execução penal, o pleito de aplicação do instituto da detração está prejudicado.
9. "O *habeas corpus* não é via idônea à discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa, ante a ausência de ameaça/ violação à liberdade de locomoção" (HC 382.685/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 24/02/2017).
10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, em relação ao paciente WILLIAN LACERDA, fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 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.

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 "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator

HABEAS CORPUS Nº 389.381 - SP (2017/0038495-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	IVAN JEFERSON DE LIMA (PRESO)
PACIENTE	:	WILLIAN LACERDA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **IVAN JEFERSON DE LIMA e WILLIAN LACERDA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente Ivan foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 583 dias-multa, e o paciente Willian à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 250 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, insurge-se a impetrante contra a dosimetria da pena fixada, sustentando, em relação a Willian, que tendo preenchido os requisitos legais faz jus a fixação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo. Em relação a Ivan, aduz que, tendo o paciente confessado a prática delitiva, deve a citada atenuante ser compensada integralmente com a agravante de reincidência.

Aduz que a pena de Willian foi fixada em patamar inferior a 4 anos e, sendo primário, de bons antecedentes, faz jus a fixação do regime aberto, nos termos das Súmulas 718 e 719 do STF. Defende, ainda, a aplicação da detração penal.

Por fim, sustenta ser inconstitucional os valores estabelecidos à título de pena de multa na Lei de Drogas.

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação do redutor em 2/3 e a fixação do regime aberto, em favor do paciente Willian; e a compensação entre a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência, em relação ao paciente Ivan. Por fim, pugna pela fixação dos valores de multa nos termos do art. 49 do CP ou, subsidiariamente, a incidência nos termos do art. 29 da Lei n. 11.343/2006.

Liminar deferida, tão somente para permitir que o paciente WILLIAN LACERDA, se por outro motivo não estiver cumprindo pena em regime mais gravoso, aguarde no regime semiaberto o julgamento do mérito deste *habeas corpus* (e-STJ, fls.94-96).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 107-108, 133-134 e 158-173).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 149-156).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 389.381 - SP (2017/0038495-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	IVAN JEFERSON DE LIMA (PRESO)
PACIENTE	:	WILLIAN LACERDA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRIMEIRO PACIENTE. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONDENAÇÃO FUNDADA EM OUTROS ELEMENTOS. INAPLICABILIDADE. SEGUNDO PACIENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/2. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. QUANTIA INEXPRESSIVA. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. PLEITO DE DETRAÇÃO. PREJUDICADO. INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA. VIA INADEQUADA. 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.

2. Nos termos do Enunciado Sumular n. 545/STJ, "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal", ainda, que ela tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo. *In casu*, não tendo a confissão do paciente Ivan Jeferson de Lima fundamentado a condenação, é inviável a aplicação da atenuante em comento.

3. 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.

4. 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 no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

5. Hipótese em que, embora a Corte de origem tenha se valido da natureza e da quantidade de droga para fixar o patamar de redução em 1/2, à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente Willian Lacerda e considerando sua primariedade, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal, sobretudo quando não expressiva a quantidade de entorpecentes apreendidos - 6,77g de *crack*, 2,13g de cocaína e

22,72g de maconha. Precedentes.
6. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 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.
7. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
8. Concedido o regime mais brando para início da execução penal, o pleito de aplicação do instituto da detração está prejudicado.
9. "O *habeas corpus* não é via idônea à discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa, ante a ausência de ameaça/ violação à liberdade de locomoção" (HC 382.685/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 24/02/2017).
10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, em relação ao paciente WILLIAN LACERDA, fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 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.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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 à análise de eventual constrangimento imposto aos pacientes que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, no que se refere ao paciente IVAN JEFERSON DE LIMA, a Corte de origem deixou de reconhecer a atenuante de confissão espontânea pelos seguintes motivos:

> "As penas a eles impostas, por sua vez, foram fixadas com equilíbrio e justiça, não merecendo, por tal motivo, reparo algum.
> De fato, para o apelante Ivan, após ter sido fixada sua pena-base no mínimo legal, na segunda fase de aplicação da reprimenda, incidiu o aumento decorrente da agravante da reincidência específica (fls. 03 dos autos em apenso).
> Inviável, a despeito da pretensão defensiva, acolher-se a atenuante da confissão espontânea, pois o apelante não confessou a autoria do crime em Juízo. Ademais, o relato informal dos policiais quanto à confissão de Ivan no momento da prisão não foi utilizado como fundamento para a prolação da sentença condenatória, a qual já estava devidamente fundamentada por outras provas". (E-STJ, fls. 83-84).

Como cediço, a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar

discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente 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.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento, firmado no Enunciado Sumular n. 545, de que a atenuante de confissão espontânea deve ser reconhecida na segunda fase da dosimetria da pena, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo, se utilizada para fundamentar a condenação (AgRg no REsp 1.643.268/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 7/3/2017, DJe 17/3/2017.)

In casu, o Tribunal de origem negou o benefício ao paciente Ivan, pois, além de ter negado a prática delitiva em Juízo, a sua confissão informal não foi considerada como fundamento de sua condenação.

De fato, segundo se infere dos autos, embora o paciente tenha assumido a prática delitiva em sede policial, o que foi confirmado pelos agentes responsáveis pela prisão na instrução processual, a sua confissão não foi utilizada para fundamentar a condenação, tendo o Juízo sentenciante se valido de outros elementos constantes dos autos, sobretudo no modo em que se deu a prisão em flagrante.

Vejamos:

> "O contexto fático-probatório acima delineado deixa clara a prática de tráfico de drogas pelos Réus, não havendo possibilidade de desclassificação para o tipo penal previsto no artigo da Lei n. 11.343/06, como quer a Defesa.
> A quantidade, a diversidade e a forma de acondicionamento dos entorpecentes e, especialmente, as circunstâncias em que a prisão em flagrante foi realizada, demostram que os Réus tinham o dolo de praticar a conduta descrita no artigo 33 da Lei de Drogas, e não aquela prevista no artigo 28. É preciso ressaltar, inclusive, que os Réus tentaram empreender fuga quando avistaram os milicianos.
> Não desacredito da condição de usuário mencionada pelos Réus. No entanto, como se nota facilmente o dia-a-dia forense, sobretudo nas condições de dificuldade financeira verificada em audiência, é bastante comum que o usuário também realize o tráfico de drogas para manter o seu próprio vício.
> A prova testemunhai produzida pela acusação é sólida e sem margem para dúvidas, ao passo que as alegações apresentadas pela Defesa e pelos Réus não encontram amparo em qualquer prova ou elemento de informação acostado aos autos. A conduta realizada pelos Réus, que tentaram se evadir dos policiais ao serem surpreendidos, também denota tentativa de afastamento da responsabilidade penal. Um dos Réus chegou até a oferecer entorpecentes para um dos policiais, o que demonstra, de maneira inequívoca e inusitada, a traficância.
> A prova produzida pelo Ministério Público, além das outras que constam destes autos, permitem concluir que os fatos narrados ocorreram tal como narrados na denúncia ora analisada.
> Confirmadas a autoria e a materialidade do crime narrado pelo Ministério Público na denúncia originária destes autos, de rigor a confirmação da pretensão punitiva estatal em face dos Réus Ivan Jéferson de Lima e Willian Lacerda".
> (e-STJ, fls. 31-32).

Com efeito, não tendo sido a confissão do paciente Ivan utilizada para fundamentar a condenação, é inviável o reconhecimento da atenuante do art. 65, III, "d", do CP.

Já em relação ao paciente WILLIAN LACERDA, o Tribunal *a quo* manteve a fração do redutor pelo tráfico privilegiado em 1/2 sob a seguinte motivação:

> "Já em relação ao apelante Willian, após ter sido sua pena-base também fixada no mínimo legal, ausentes agravantes ou atenuantes, apenas na terceira fase de aplicação da reprimenda, foi aplicada a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.
> A despeito da insurgência defensiva, a redução no patamar de ½ (metade) foi a mais correta, não havendo vício algum em dosar o percentual de redução da pena com base na quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, utilizando-se, para tanto, o artigo 42 da Lei de Drogas.
> Isto porque, no caso dos autos, tais fundamentos não foram utilizados para aumento da pena-base, de modo que é perfeitamente possível que sirvam para sopesar a quantidade de redução de pena, não havendo, em tal hipótese, *bis in idem*". (e-STJ, fl. 84).

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 têm decidido 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).

Na hipótese, o Tribunal de origem manteve o patamar de redução da pena em 1/2, considerando a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos - 43 porções de *crack* (6,77g), 3 *eppendorfs* de cocaína (2,13g) e 14 porções de maconha (22,72g).

Entretanto, a míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do paciente à atividade criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo por não ser expressiva a quantidade de droga apreendida.

Confiram-se os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

> "REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE.
> 1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação da reprimenda, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e,

> especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.
> 2. Ainda que o *crack* tenha um alto poder de lesividade, a inexpressiva quantidade de tóxicos apreendidos, aliados à favorabilidade das outras circunstâncias judiciais, recomenda a aplicação da causa de diminuição em seu grau máximo, ou seja, 2/3 (dois terços).
> 3. Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no AREsp 1.044.533/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017);
>
> "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A DEMONSTRAR QUE A PACIENTE NÃO SEJA PEQUENA TRAFICANTE. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO.
> 1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.
> 2. Na hipótese dos autos, a Corte *a quo*, embora tenha reconhecido a primariedade da paciente, a ausência de maus antecedentes e evidências de que integrasse organização criminosa, reformou a sentença, aplicando o supracitado redutor na fração mínima, com base na quantidade da droga apreendida, concluindo não se tratar de pequeno traficante. Contudo, a quantidade de entorpecente apreendida, 17 porções de cocaína, não se mostra suficiente para se chegar a tal conclusão, à míngua de elementos concretos.
> [...]
> 5. Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no HC 381.399/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 8/5/2017).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena, apenas, de Willian.

A pena-base fica estabelecida em 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa, como posto no acórdão impugnado. Na sequência, permanece inalterada, em razão da ausência de atenuantes ou agravantes. Na última etapa, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diminuo-a em 2/3, resultando definitiva em **1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa**.

Quanto ao regime prisional, também assiste razão ao impetrante.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos 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 condenação 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.

Estabelecida a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o **regime aberto** é o suficiente e adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *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. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. *In casu*, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, *"c"*, do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.
> 3. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.
> Na hipótese, constata-se que, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação da substituição da pena por restritiva de diretos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.
> *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena."
> (HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo

Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito:

> [...]
> 3. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.
> 4. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.
> 5. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão que julgou a apelação, referiu-se apenas à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
> 6. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem à paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, além da substituição por restritiva de direitos.
> 7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.
> (HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Fixado o regime mais brando para início da execução da pena, o pleito referente à aplicação do instituto da detração encontra-se prejudicado.

Por fim, consigno que, em relação ao pleito de inconstitucionalidade dos valores da pena de multa imposta nos moldes da Lei n. 11.343/2006, esta Corte possui entendimento no sentido de que o *habeas corpus* não é via adequada para se discutir a inconstitucionalidade da sanção pecuniária, haja vista que não há ameaça ou violação ao direito à liberdade de locomoção (HC 368.813/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/9/2017, DJe 27/9/2017; HC 382.685/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para, em relação ao paciente WILLIAN LACERDA, fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 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.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0038495-8 **HC 389.381 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000758220158260626 00004877712015826012 20160000848837 4877712015826012
758220158260626

EM MESA JULGADO: 10/10/2017

Relator
Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	IVAN JEFERSON DE LIMA (PRESO)
PACIENTE	:	WILLIAN LACERDA (PRESO)

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.