



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.029 - SP (2016/0263840-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO E OUTRO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO E OUTRO(S) - SP279233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS RAFAEL SIMOES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. 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. 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.
3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.
4. Hipótese as instâncias antecedentes, de forma motivada, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a diversidade e a quantidade de droga apreendida – 16 porções de maconha, 39,67 g e 12 eppendorfs de cocaína, 3,87 g –, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/2, o que não se mostra desproporcional.
5. Estabelecida a pena em 2 anos e 6 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.
6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
7. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo da Execução.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 27 de abril de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.029 - SP (2016/0263840-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO E OUTRO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO E OUTRO(S) - SP279233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS RAFAEL SIMOES

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 **DOUGLAS RAFAEL SIMÕES** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 dias-multa.

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa.

Impetrado *habeas corpus* nesta Corte, concedeu-se a ordem no HC n. 363.327/SP, para que o Tribunal de origem afastasse a dupla valoração da quantidade/variedade da droga, em momentos distintos da pena, com a consequente verificação da possibilidade de alteração do regime prisional. A Corte estadual, ao dar cumprimento à decisão deste Tribunal, reduziu a pena ao mínimo legal, contudo, sem reflexo na pena final, e manteve o modo mais grave de cumprimento da pena.

Nas razões deste *mandamus*, os impetrantes alegam que o paciente faz jus a aplicação do redutor no grau máximo, porque preenche os requisitos legais. Afirmam, ademais, que o regime aberto e a permuta legal é cabível na espécie, tendo em vista o *quantum* da pena aplicada e aferição favorável das circunstâncias judiciais. Sustentam, ainda, que a imposição de regime mais grave exige motivação concreta.

Requerem, assim, a incidência da minorante no grau máximo, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

A liminar foi deferida a fim de que o paciente aguardasse no regime semiaberto o julgamento do mérito deste *writ* (e-STJ, fls. 78-81).

Informações prestadas (e-STJ, fl. 90).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem (e-STJ, fls. 94-95).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.029 - SP (2016/0263840-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO E OUTRO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO E OUTRO(S) - SP279233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS RAFAEL SIMOES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. 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. 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.
3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.
4. Hipótese as instâncias antecedentes, de forma motivada, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a diversidade e a quantidade de droga apreendida – 16 porções de maconha, 39,67 g e 12 eppendorfs de cocaína, 3,87 g –, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/2, o que não se mostra desproporcional.
5. Estabelecida a pena em 2 anos e 6 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.
6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
7. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo da Execução.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ao paciente que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal de origem, ao dar cumprimento a decisão proferida nesta Corte no HC n. 363.327/SP, optou por sopesar a quantidade e a variedade de droga na terceira fase da dosimetria, nos seguintes termos:

Em virtude do que determinou o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do remédio heroico acima referido, e atento às circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena básica no mínimo legal, ou seja, em 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, no piso, não havendo como reduzi-la para alguém deste patamar, nem mesmo diante da menoridade relativa do réu, em razão do disposto na Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça ("A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal").

Em seguida, por conta da natureza, da diversidade e da quantidade de entorpecentes apreendidos, mantenho o percentual de redução utilizado, nos termos do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, em razão do que a reprimenda totaliza, em definitivo, 2 anos e 6 meses de reclusão, mais o pagamento de 250 dias-multa, no limiar.

No mais, ressalto que o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu, à fl. 205, que não é possível "a utilização, concomitantemente, da natureza, da quantidade e da variedade da droga para elevar a pena-base e para modular a fração de redução do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06", mas esclareço que tais circunstâncias foram consideradas apenas na terceira fase de fixação da pena, de maneira que inexiste o bis in idem apontado pelo impetrante do *Habeas Corpus* endereçado àquele Tribunal Superior.

Ipsa facto, mantenho a reprimenda no mesmo patamar.

No mais, destaco que é incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, não só em face das circunstâncias do caso concreto, mas, também, por expressa vedação legal - artigo 44, da Lei nº 11.343/06 -, o qual estabelece que certos delitos nela previstos, incluindo-se o tráfico de drogas, são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

De outra parte, a fixação do regime inicial fechado para o início do desconto da pena corporal é - sem dúvida - a resposta penal mais adequada, dado que o delito pelo qual DOUGLAS foi condenado é equiparado a hediondo e o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90 é expresso a esse respeito.

Mas, mesmo que assim não fosse, o artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, determina que o "regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59", ou seja, considerando "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime [...], conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime".

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 (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

In casu, como se observa, o Tribunal de origem, ao dar cumprimento a decisão proferida por esta Corte no HC n. 363.327/SP, utilizou a quantidade e a variedade das drogas apreendidas (39,67 g de maconha e 3,87 g de cocaína), exclusivamente, na terceira fase da dosimetria, para se estabelecer a redução da pena em 1/2, conforme autoriza a jurisprudência desta Corte.

Desse modo, apresentados motivos idôneos para o índice definido, a alteração desse *quantum* de redução 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, os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"[...] 1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na aplicação do redutor no patamar de 1/3 (um terço), dada a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas."

(HC 298.618/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 4/11/2015.)

"2. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. A natureza, a variedade da droga constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal." (HC 372.209/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 20/10/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao contrário do afirmado pelos impetrantes, ainda que a pena tenha resultado inalterada ao final, houve o afastamento da dupla valoração da quantidade e diversidade da droga no cálculo da pena. Ao ser refeita a dosimetria, a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, tendo sido consideradas tais circunstâncias apenas para impedir a incidência da minorante em sua totalidade.

Em julgado similar, confira-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECLAMAÇÃO. TESE DE AFRONTA À AUTORIDADE DE DECISÃO DESTA CORTE PROFERIDA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCLUSÃO DO BIS IN IDEM NA DOSIMETRIA DO CRIME DE TRÁFICO. ORDEM FIELMENTE CUMPRIDA. RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A reclamação tem supedâneo constitucional e é cabível para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões, nos termos do art. 105, I, "f", da Constituição Federal, e do art. 187 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. No julgamento AResp 580.632/RO, deu-se provimento ao recurso especial para que o Tribunal a quo, analisando o caso concreto, estabeleça a reprimenda utilizando a quantidade e natureza da droga apreendida em apenas uma das fases da dosimetria da pena e, conseqüentemente, proceda à individualização do regime inicial de cumprimento da pena, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como à verificação do cabimento das penas alternativas (AResp 580.632/RO, Rel. Min Nefi Cordeiro, DJe 03/11/2014).

3. Tribunal de origem que refez a dosimetria nos termos da decisão prolatada nesta Corte, aplicando a pena-base no mínimo legal.

4. Reclamação improcedente.

(Rcl 30.434/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/08/2016, DJe 31/08/2016).

Quanto ao regime prisional, melhor sorte assiste aos impetrantes.

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.

Na hipótese, a imposição do regime fechado está apoiada em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Desse modo, fixada a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do paciente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o **regime**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

4. Hipótese na qual o Tribunal de origem, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a gravidade do delito, revelada na diversidade e na quantidade de droga apreendida - 32 porções de cocaína (32,8 g), 65 porções de *crack* (20,8 g) e 39 porções de maconha (63,2 g) - para fazer incidir a minorante em 1/2, o que não se mostra desproporcional.

5. Estabelecida a pena em 2 anos e 6 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, sobretudo quando infere-se dos autos que o paciente está cautelarmente preso há quase 2 anos e 1 mês.

6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo da Execução.

(HC 381.665/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A Corte de origem não logrou fundamentar de maneira idônea o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art.

33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porquanto não declinou elementos concretos dos autos aptos a demonstrar a efetiva dedicação do paciente às atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa. Imperiosa, pois, a aplicação da minorante no quantum de 1/2, redimensionando-se a pena para 2 ano e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sendo a reprimenda final inferior a 4 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

(HC 387.068/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017).

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e valoração favorável das circunstâncias judiciais), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, 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 (HC 346.761/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 11/03/2016).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo da Execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0263840-7

HC 374.029 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012729020158260038 12729020158260038 20160000445890

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO E OUTRO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO E OUTRO(S) - SP279233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS RAFAEL SIMOES

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.