



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.284 - SP (2016/0196164-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MAÍRA CORACI DINIZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIA CELIA PEREIRA

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos 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 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

3. No caso, a quantidade do entorpecente apreendido não se mostra elevada, fazendo jus a paciente à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando considerada sua primariedade, bons antecedentes e a ausência, no caso concreto, de elementos indicativos de que integre organização criminosa ou de que se dedique à criminalidade.

4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

5. Estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o cumprimento inicial em regime 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 a pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais pagamento de 194 dias-multa, bem para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 27 de setembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.284 - SP (2016/0196164-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MAÍRA CORACI DINIZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIA CELIA PEREIRA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso com pedido liminar impetrado em favor de **MARIA CELIA PEREIRA**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que a paciente foi condenada como incurso nas sanções do art. 33, caput, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 193 (cento e noventa e três) dias-multa. A pena reclusiva foi substituída por uma de prestação de serviços à comunidade.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso da defesa e deu provimento ao apelo ministerial para cassar a substituição da pena, fixando a sanção privativa de liberdade em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa.

Neste *writ*, alega a impetrante que a paciente faz jus à aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, pois a quantidade de droga encontrada não era expressiva: 2,28 g de maconha e 27,39 g de cocaína.

Aponta, também, a possibilidade de alteração do regime para o aberto e de substituição da pena por restritiva de direitos.

Requer a concessão liminar da ordem para imediata colocação da paciente em regime aberto até o julgamento do mérito deste *habeas corpus*.

Ao final, requer a aplicação da causa de redução da pena em seu grau máximo, a fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritivas de direitos.

A liminar foi deferida (e-STJ, fls. 45/47).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 59/72).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem tão somente para que seja fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena (e-STJ, fls. 77/81).

Novas informações juntadas (e-STJ, fls. 85/112).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.284 - SP (2016/0196164-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MAÍRA CORACI DINIZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIA CELIA PEREIRA

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos 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 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. No caso, a quantidade do entorpecente apreendido não se mostra elevada, fazendo jus a paciente à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando considerada sua primariedade, bons antecedentes e a ausência, no caso concreto, de elementos indicativos de que integre organização criminosa ou de que se dedique à criminalidade.

4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

5. Estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o cumprimento inicial em regime 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 a pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais pagamento de 194 dias-multa, bem para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Da análise dos autos, verifica-se que o Juízo sentenciante, diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixou a pena-base do delito de tráfico no mínimo legal (5 anos), aumentando-a em 1/6, em razão do art. 40, III, da Lei de Drogas, e, após, fixou o redutor do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal, ficando a reprimenda definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão (e-STJ, fls. 107/108).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte *a quo*, por sua vez, ao dar provimento ao apelo ministerial, procedeu à individualização da pena, nos seguintes termos (e-STJ, fl. 69):

"Com relação à causa de diminuição de pena referente ao artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343, convém registrar que, a despeito da insurgência ministerial, os requisitos estão efetivamente preenchidos.

A apelante é primária, detentora de bons antecedentes, não se dedicava ao tráfico de entorpecentes, nem integrava organização criminosa.

No entanto, modifico o *quantum* aplicado, tendo em vista que ela foi detida no interior de uma penitenciária, trazendo consigo considerável quantidade de porções de cocaína. Assim, reduzo sua pena no percentual de 1/3 (um terço), perfazendo 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e o pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no patamar mínimo legal.

Mantenho o aumento de 1/6 (um sexto) pela causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, totalizando 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e o pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, no patamar mínimo legal.

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE. CULPABILIDADE, MOTIVAÇÃO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

4. A exaperação da pena-base quanto à culpabilidade, à motivação do crime e às circunstâncias do crime, sem a apresentação de justificativa idônea, configura constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

5. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente para 1 ano e 9 meses e 10 dias de reclusão e 169 dias-multa, em regime inicial semiaberto."

(HC 174.628/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 3/12/2015).

Quanto à causa especial de diminuição de pena, 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 organização criminosa.

Nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesse contexto, esta Corte firmou o entendimento no sentido de que, na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Por fim, cabe salientar que, segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, o mencionado benefício legal tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

In casu, observa-se que Tribunal de origem aplicou o redutor no patamar de 1/3 tendo em vista que a paciente foi detida no interior de uma penitenciária, trazendo consigo considerável quantidade de porções de cocaína, não fazendo jus, portanto, ao privilégio em seu grau máximo.

Entretanto, considerando não ser expressiva a quantidade da droga apreendida e não havendo outras circunstâncias que denotem que a paciente se dedique a atividade criminosa nem integre organização criminosa, associadas ao fato de ser primária e possuir bons antecedentes, entendo que a paciente faz jus à incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 2/3.

A propósito, cito os seguintes julgados:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PECULIARIDADES DO CASO. PRIMARIEDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÁXIMO LEGAL. REGIME ABERTO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do *writ* substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, QUINTA TURMA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, QUINTA TURMA, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, SEXTA TURMA, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, SEXTA TURMA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (precedentes), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o *quantum* da redução da pena.

IV - *In casu*, a quantidade de droga apreendida, por si só, não se revela expressiva a ponto de impedir a incidência da minorante, ainda mais diante da inexistência de outras circunstâncias do caso concreto que autorizariam a conclusão de que o paciente dedica-se à atividade do tráfico.

V - Assim, tendo em vista que o paciente é primário, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no percentual de 2/3 (dois terços), diante das circunstâncias do caso (dentre elas, a quantidade e natureza de droga apreendida: 16 invólucros de maconha), haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tal fator é relevante para a fixação da reprimenda, *ex vi* do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

VI - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07.

Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

VII - *In casu*, o paciente é primário, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e, com a redução de 2/3 (dois terços) em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, faz jus ao regime aberto de cumprimento de pena, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal.

VIII - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao paciente, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para aplicar a causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no percentual de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime aberto para início do cumprimento da pena, competindo ao d. juízo *a quo* examinar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal."

(HC 293.013/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA (10,30G DE COCAÍNA). PATAMAR MÁXIMO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga (10,30 gramas de cocaína), legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, dois terços. Precedentes.

2. No mais, o Agravante não traz argumentos robustos o bastante a fim de repelir os fundamentos da decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios termos.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 451.358/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 28/03/2014.)

Dessa forma, entendo que deve ser restabelecida a pena imposta à paciente pelo Juízo sentenciante, qual seja 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e o pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, com incurso no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Quanto ao regime prisional, releva salientar que, na definição 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 pelo crime de tráfico de drogas, também o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Assim, estabelecida a pena definitiva em 1 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o **regime aberto** é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, valendo anotar que não é excessiva a quantidade de drogas apreendidas com a paciente, o que reforça a inadequação da escolha do regime mais severo de cumprimento de pena e, por conseguinte, a manifesta a ilegalidade imposta à paciente.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 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.

3. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Precedentes.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado com base na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas e na quantidade de entorpecentes - 43,1 g de maconha e 11,3 g de cocaína - que não se mostra exacerbada.

5. Assim, tratando-se de paciente primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, faz jus ao regime inicial semiaberto.

6. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 334.208/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade da agente, circunstâncias judiciais favoráveis e quantidade não significativa de droga apreendida), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da execução, uma vez que transitada em julgada a condenação.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar a reprimenda final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais pagamento de 194 dias-multa, bem para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0196164-4

HC 364.284 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00025855520138260168 20160000260583 25855520138260168

EM MESA

JULGADO: 27/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA	: MAÍRA CORACI DINIZ
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARIA CELIA PEREIRA

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.