



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 482.234 - SP (2018/0323690-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **ALEX VICTOR DA SILVA**
ADVOGADO : **ALEX VICTOR DA SILVA - SP385916**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **MARCIO FABIO DE SOUZA (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REFERÊNCIAS GENÉRICAS ACERCA DA GRAVIDADE DO DELITO. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. PACIENTE PRIMÁRIO, COM ANÁLISE FAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. *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 partir do julgamento do HC n. 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a parcial 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.

4. Hipótese em que o regime prisional foi recrudescido e a substituição da pena foi negada com base em referências genéricas acerca da gravidade do delito, além da quantidade dos entorpecentes apreendidos, que não é expressiva na hipótese dos autos (9,1g de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cocaína e 33,3g de maconha).

5. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto e ter sua pena substituída por medidas restritivas de direitos, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de junho de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 482.234 - SP (2018/0323690-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : ALEX VICTOR DA SILVA
ADVOGADO : ALEX VICTOR DA SILVA - SP385916
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO FABIO DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MARCIO FABIO DE SOUZA contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2253652-84.2018.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante constante do § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 18/20).

A defesa interpôs recurso de apelação e, paralelamente, entendendo ser flagrante e atual o constrangimento ilegal na imposição do regime fechado para o cumprimento da pena e negativa de substituição, impetrou *habeas corpus* na origem. Entretanto, o Tribunal *a quo* entendeu pelo não cabimento do *writ*, sob o fundamento de que o recurso cabível para a insurgência seria a apelação (e-STJ fls. 23/24).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/8), o impetrante sustenta que a decisão impugnada impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois não seria possível nem proporcional aguardar o processamento da apelação criminal para a adequação do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, razão pela qual impetrou *habeas corpus* na origem. Afirma que não foram observadas as regras previstas nos arts. 33 e 44 do Código Penal para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena e para obstar a substituição, sendo ilegal a imposição do regime fechado e a não conversão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena. Aduz que o paciente é primário, as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis e a condenação não excede 4 anos, razão pela qual faz jus ao regime aberto e à substituição da pena.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede que a decisão proferida na origem seja cassada.

O pedido liminar foi deferido *para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime aberto, o julgamento do presente habeas corpus, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso* (e-STJ fls. 29/32).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 39/41, 42/57 e 60/68.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 70/77, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 482.234 - SP (2018/0323690-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. 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 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. 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.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento de constrangimento ilegal na manutenção do regime inicial fechado e na negativa de substituição da pena.

No caso, comporta relevo a circunstância de que a Corte de origem, embora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não tenha conhecido da impetração, não verificou a eventual existência de constrangimento ilegal no estabelecimento do regime prisional e na negativa de substituição da pena, convolvendo-se em autoridade coatora, por omissão.

Além disso, sobreveio o julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa, oportunidade em que o regime inicial fechado e a negativa de substituição constantes da sentença foram confirmados pelo Tribunal *a quo*.

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistia a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Outrossim, a Corte Suprema, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme segue:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 4,37G DE COCAÍNA E 2,54G DE CRACK. PENA FIXADA EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

02. Para o Supremo Tribunal Federal, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado" (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Toffoli). À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. No crime de tráfico de drogas, sendo o réu primário e a pena privativa de liberdade aplicada inferior a 4 (quatro) anos, pode cumpri-la em regime aberto ou tê-la substituída por restritiva de direito, desde que as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis e insignificante a quantidade de drogas apreendidas [4,34g de cocaína e 2,4g de crack] (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015; HC 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015; AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).

04. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para: a) estabelecer o regime aberto para cumprimento inicial da pena; b) substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, observadas as condições que deverão ser estabelecidas pelo Juízo da execução. (HC 321.664/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Quinta Turma, DJe 3/8/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 322.546/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 3/8/2015).

No caso, embora o Juízo sentenciante tenha fixado a pena-base no mínimo legal e aplicado a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo de 2/3, fixou o regime inicial fechado, conforme segue (e-STJ fl. 20):

O réu não possui antecedente criminal que configure reincidência, podendo, assim, ter as penas-base fixadas no mínimo legal, eis que agiu com dolo normal à espécie, ou seja, em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa. Ante o contexto fático, a primariedade e a pouca quantidade de droga apreendida, entendo ser possível a aplicação do disposto no artigo 33, § 4º, da lei 11.343/06 e proceder-se à diminuição da pena no máximo permitido. Chego, assim, às penas de um ano e oito meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias-multa. O valor do dia-multa será calculado no mínimo legal. O regime de cumprimento da pena é o fechado, dada a diversidade de drogas e diante da gravidade da conduta a ensejar uma maior reprimenda, e ainda, porque se assim não fosse estabelecido gerar-se-ia a certeza de impunidade. Pelos mesmos motivos, não reúne requisitos subjetivos para aplicação da substituição de que trata o artigo 44, do Código Penal. Não poderá recorrer em liberdade, porque presentes os requisitos da prisão preventiva, em especial, garantia da aplicação da lei penal, ainda que provisoriamente.

Ao julgar o recurso de apelação interposto pela defesa, o Tribunal a quo manteve o regime inicial fechado e negou a substituição da pena, nos termos seguintes:

O regime inicial deve ser o fechado, ante a hediondez do delito por equiparação, a gravidade e nocividade concreta da conduta e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também evidenciada pela quantidade da droga apreendida, com fundamento no § 3º do artigo 33 do Código Penal, e entendo inviável substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Assim, extrai-se que o regime prisional foi recrudescido e a substituição da pena foi negada com base em referências genéricas acerca da gravidade do delito, além da quantidade dos entorpecentes apreendidos.

Entretanto, no caso, a quantidade das drogas apreendidas não é expressiva (9,1g de cocaína e 33,3g de maconha) e, portanto, tal fundamento não é suficiente para justificar o estabelecimento do regime inicial mais gravoso e a negativa de substituição da pena.

Nesse contexto, tratando-se de paciente primário, condenado a pena que não excede 4 anos de reclusão e com circunstâncias judiciais favoráveis, inclusive a pouca quantidade de droga apreendidas, o paciente faz jus ao regime inicial aberto e à substituição da pena, na esteira do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal.

Assim, na espécie, tratando-se de paciente primário, condenado a pena que não excede 4 anos de reclusão e o fato de inexistirem circunstâncias desabonadoras, tanto na fixação da pena-base quanto na redução do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, com destaque para a quantidade não expressiva de entorpecentes apreendidos, deve ser-lhe conferido o regime aberto, a teor do disposto no arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ademais, aferida a inidoneidade dos fundamentos utilizados na origem para obstar a substituição da pena e preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. ACUSADO QUE NÃO POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. QUANTIDADE INEXPRESSIVA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA SUBSTÂNCIA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. 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. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

4. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente, e considerando sua primariedade e os bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal, sobretudo quando não expressivo o montante de entorpecente apreendido (3,65g de crack e 2,23g de maconha).

5. 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.

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 fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente 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 Execução. Decisão estendida à corré Amanda Nascimento de França Oliveira, nos termos do art. 580 do CPP. (HC 505.731/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 4/6/2019).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (24,23 G DE COCAÍNA E 22,07 G DE MACONHA). SENTENÇA. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUTOR EM QUANTUM INTERMEDIÁRIO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. PENA REDIMENSIONADA. REGIME. QUANTIDADE E DIVERSIDADE NÃO ELEVADA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRIMARIEDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2º E 3º, E DO ART. 44 E INCISOS DO CP.

[...]

2. No caso vertente, apesar da variedade, a quantidade de droga apreendida (24,23 g de cocaína e 22,07 g de maconha) não se mostra expressiva o suficiente a ponto de afastar a incidência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da fração máxima (2/3) de diminuição da pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Tratando-se de acusado que não tem antecedentes e que a quantidade envolvida não é excepcional, fora do comum, extraordinária a ponto de permitir a conclusão de que possua uma periculosidade acima da média, deve ser restabelecido o regime inicial aberto fixado pela sentença, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, e a pena carcerária deve ser substituída por duas penas restritivas de direitos.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 460.516/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 9/11/2018).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0323690-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 482.234 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00909836520188260050 20180000928650 22536528420188260000 909836520188260050

EM MESA

JULGADO: 06/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALEX VICTOR DA SILVA
ADVOGADO : ALEX VICTOR DA SILVA - SP385916
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO FABIO DE SOUZA (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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.