



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.083 - SP (2016/0310717-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : AUGUSTO GUILHERME AMORIM SANTOS BARBOSA -
BA026406
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAM DE SOUZA AMBROSIO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

– Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o caso concreto aponta que foram apreendidas duas espécies de entorpecentes (maconha e crack), as quais demonstram a gravidade concreta do delito, a ensejar a necessidade de uma redução menor do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantum da pena, para uma efetiva prevenção e repressão do delito em epígrafe. Ademais, alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

– Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

– Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade e variedade das drogas apreendidas, o que, a princípio, revela a inexistência de coação ilegal a ser sanada.

– Contudo, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva inferior a 4 anos, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo *jus* o paciente ao regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do CP. Precedentes desta Corte.

– No que tange à possibilidade de substituição da pena, o Supremo Tribunal Federal, em 1/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

– No caso, preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz *jus* à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

– Ordem concedida *ex officio*, para, confirmando a liminar deferida, modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial aberto e permitir a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pela Corte local.

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

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.083 - SP (2016/0310717-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : AUGUSTO GUILHERME AMORIM SANTOS BARBOSA -
BA026406
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAM DE SOUZA AMBROSIO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de WILLIAM DE SOUZA AMBROSIO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0002901-16.2015.8.26.0292.

Consta dos autos que o paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 250 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 15/20).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual teve o seu provimento negado pelo Tribunal *a quo*, em acórdão juntado às fls. 37/47.

Nas razões do presente *writ* (fls. 1/11), a defesa sustenta haver constrangimento ilegal na dosimetria da pena realizada pelas instâncias ordinárias, ao fundamento de que o paciente faz *jus* à aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, porquanto estão presentes todos os requisitos para a incidência da benesse.

Aponta a defesa, ademais, ser cabível a fixação de regime inicial mais brando, nos termos do disposto no art. 33 do Código Penal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo, a fixação de regime inicial mais brando e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar deferido em parte, apenas para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime aberto, o julgamento do presente *writ* (fls. 50/52).

Informações prestadas às fls. 82/83 e 100/160.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem, para que seja estabelecido o regime inicial semiaberto em favor do paciente (fls. 65/67 e 164).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.083 - SP (2016/0310717-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca a defesa a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo, bem como a fixação de regime inicial mais brando e a aplicação do art. 44 do CP em favor do paciente.

No caso, o sentenciante, após as considerações acerca da materialidade e autoria do delito de tráfico de entorpecentes, condenou o paciente nos termos da denúncia e fixou a pena-base no mínimo legal de 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa. Na segunda fase, a pena não sofreu alteração. Por fim, na terceira etapa, foi reconhecido o privilégio e reduzidas as penas em 1/2, alcançando-se o patamar definitivo 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa. A escolha da fração intermediária operou-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com lastro na seguinte fundamentação (fl. 19):

Na terceira fase, incide o redutor do parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a ensejar a redução de metade (neste patamar em razão da quantidade, natureza e variedade de drogas apreendidas).

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, manteve íntegra a fração redutora escolhida pelo sentenciante, tendo o voto condutor assentado que (fls. 43/44):

Na terceira fase, a reprimenda foi reduzida na metade, nos termos do art. 33, par. 4º, da Lei de Drogas, em se considerando a variedade, a natureza e a quantidade dos entorpecentes.

Frise-se que o benefício previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, por sua vez, não representa direito subjetivo do acusado. O legislador (...) quis demonstrar, com todas as letras, que se trata de mera faculdade do Juiz sentenciante, que, na dosimetria da pena, tem, obrigatoriamente, de seguir a diretriz prevista no artigo 42 da referida lei, que demonstra como a pena deve ser aplicada.

Em outras palavras, se o legislador entendesse que a benesse acima mencionada era direito do réu, teria usado a palavra "deverão", oriunda do verbo "dever", que significa obrigação, necessidade, etc.

Assim, como o texto do artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, está redigido que "as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços", não há qualquer dúvida que a concessão do benefício depende do livre arbítrio do Juiz, que, como já dissemos acima, tem de levar em consideração o artigo 59, caput, do Código Penal, e também o artigo 42, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Desta forma, tendo em vista a quantidade de droga, o comportamento social e a ousadia do réu, ele não faz jus à diminuição máxima de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

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.

Por outro lado, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantum da redução retromencionada, 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.

Na espécie, observa-se que o Tribunal de origem reconheceu a figura do tráfico privilegiado em favor do paciente, mas, diante da natureza e diversidade das drogas apreendidas, quais sejam, *6,65 gramas de crack e 36,28 gramas de maconha*, entendeu que a fração intermediária de redução da pena – 1/2 – é a que mais se amolda à hipótese, não havendo, portanto, que se falar em coação ilegal, pois houve fundamentação concreta e em consonância à jurisprudência desta Corte, que destaco:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO DO ACUSADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO PROPORCIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, INCISO III, DO CP. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso concreto a fração de 1/2 da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da natureza da droga apreendida (20 pedras de "crack"), está em consonância com o entendimento deste Tribunal.

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 348.709/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016) - grifei.

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. RECURSO IMPROVIDO.

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 1/2 (metade), dada a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no AREsp 869.591/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016) - grifei.

Assim, tendo a escolha da fração redutora de 1/2 lastreado-se em fundamentação idônea, que apontou a gravidade concreta do delito, a ensejar a necessidade de uma redução menor do *quantum* da pena, para uma efetiva prevenção e repressão do tipo penal violado, entendo que alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem implica, sem dúvida, revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO.

1. O julgador, ao aplicar o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve levar em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, especialmente a natureza, a diversidade e a quantidade de entorpecentes apreendidos, haja vista o disposto no art. 42 da referida lei, objetivando atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

(...)

3. Compete às instâncias ordinárias aplicar a fração pertinente do redutor em cotejo com as provas trazidas aos autos. Não cabe, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presente recurso, o reexame da matéria, pois demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório.

4. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no HC 295.285/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 3/2/2015, DJe 12/2/2015) – grifei.

Quanto ao regime, sabe-se que, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistia a obrigatoriedade da fixação do inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando-se, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe: *fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*

Na mesma esteira, há os enunciados n. 718 e n. 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam, respectivamente:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, o sentenciante fixou o regime inicial fechado com base apenas na gravidade em abstrato do delito (fl. 19). O Tribunal *a quo*, por sua vez, apontou a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido para fixar o regime mais gravoso (fls. 44/47).

Constata-se que, embora o paciente seja primário e a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporte o regime aberto, o acórdão recorrido conferiu legalidade ao manter o regime fechado com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, elementos que, inclusive, serviram de base para a escolha da fração redutora pelo tráfico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privilegiado em patamar inferior ao máximo de 2/3.

Com efeito, nos termos do entendimento firmado por esta Corte, a quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas constituem fundamentos idôneos a justificar a imposição do regime mais severo, inexistindo, em tese, ilegalidade a ser sanada.

Ocorre, todavia, que, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, considerando que a quantidade das drogas apreendidas não foi muito elevada (*6,65 gramas de crack e 36,28 gramas de maconha*), não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos – 2 anos e 6 meses –, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal.

Assim, faz *jus* o paciente ao regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Do mesmo modo, no que tange à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes. Assim, em não sendo promovida a conversão da pena corporal por penas restritivas de direitos, deve haver fundamentação lastreada em elementos concretos.

No caso, a sentença nada mencionou acerca da aplicação do art. 44 do CP. Já o acórdão recorrido não reconheceu o benefício, por entender que ele não se aplica ao delito de tráfico de entorpecentes (fls. 46/47).

Assim, constitui coação ilegal a não substituição da pena corporal na espécie, uma vez que o paciente atende ao requisitos do art. 44 do CP, motivo pelo qual promovo a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Tribunal de origem.

Nessa linha:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO
PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CUMPRIMENTO INICIAL EM REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 444/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, 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 da Súmula 440 desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.

3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 porção de maconha (17,770g), 2 pinos de cocaína (1,61g) e 3 pedras de crack (2.07g), a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da sentença proferida no Juízo de primeiro grau. (HC 354.398/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016) - grifei.

(...)

FRAÇÃO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA SANÇÃO EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE MODO MENOS GRAVOSO PARA O RESGATE DA SANÇÃO RECLUSIVA E A SUA PERMUTA POR REPRIMENDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. COAÇÃO ILEGAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Na espécie, a quantidade de entorpecentes apreendidos com o paciente não se revela excessiva, motivo pelo qual a fração deve alcançar o patamar de 2/3 (dois terços), restando a reprimenda definitivamente estabelecida em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa.

3. *Tratando-se de condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, primário e de bons antecedentes, com quem foi apreendida quantidade de substâncias entorpecentes que não se revela expressiva ou elevada, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade, bem como a sua substituição por sanções restritivas de direitos.*

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, fixando-se o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção reclusiva, e substituindo-a por reprimendas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. (HC 363.239/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus, mas **concedo a ordem de ofício** para, confirmando a liminar deferida, modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial aberto e permitir a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pela Corte local.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0310717-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 380.083 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00029011620158260292 2015000869 20160000533775 29011620158260292

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : AUGUSTO GUILHERME AMORIM SANTOS BARBOSA - BA026406
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAM DE SOUZA AMBROSIO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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.