

*Superior Tribunal de Justiça*

**HABEAS CORPUS Nº 521.181 - SP (2019/0204552-7)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE** : EMERSON RUAN FIGUEIREDO DA SILVA  
**ADVOGADO** : EMERSON RUAN FIGUEIREDO DA SILVA - SP367641  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : CHARLES HENRIQUE RIBEIRO MARIANO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO POR POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006). REINCIDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA. NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CHARLES HENRIQUE RIBEIRO MARIANO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido nos autos da Apelação Criminal n.º 0000140-87.2018.8.26.0621.

Consta nos autos que o Paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, em razão da apreensão de 8,8 gramas de maconha.

Contra a sentença a Defesa interpôs apelação, que foi parcialmente provida para diminuir a fração de aumento, em razão da agravante da reincidência, redimensionado a pena para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa (fls. 41-54).

Neste *writ*, o Impetrante defende a desclassificação do crime de tráfico de drogas

*Superior Tribunal de Justiça*

para o de porte de drogas para uso pessoal, tendo em vista a quantidade de droga apreendida.

Alega que *"carece de razoabilidade utilizar a condenação definitiva anterior pela prática do artigo 28 da Lei de Drogas para o fim de retirar direitos subjetivos do acusado, incrementar a censura penal- estatal e mantê-lo mais tempo segregado, suportando as agruras do cárcere"* (fl. 10).

Aduz que *"recentemente a Quinta turma do STJ corroborando com o entendimento acima exposto afastou a reincidência por delito de porte de droga para uso pessoal"* (fl. 11).

Requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do Paciente ou o estabelecimento do regime semiaberto até o julgamento definitivo do writ. No mérito, pleiteia (fl. 17):

*"[...] a concessão da ordem, a fim de que esse egrégio Superior Tribunal de Justiça desclassifique a conduta do paciente para a infração penal delineada no artigo 28, da Lei de Drogas, ou, na remota eventualidade de assim não se entender, suavize a reprimenda imposta ao paciente, afastando a reincidência indevidamente aplicada (a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra MARIA THEREZA, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do ar. 28 da Lei n. 11.343/2006), reconhecendo a causa de diminuição de pena prevista no § 4º da Lei de Drogas no seu patamar máximo 2/3 (dois terços), nos termos já expostos ao longo deste writ."*

O pedido liminar foi indeferido às fls. 58-59.

As informações foram prestadas às fls. 61-85.

Pedido de reconsideração indeferido às fls. 110-111.

O Ministério Público Federal opinou *"pelo não conhecimento do habeas corpus e pela concessão da ordem, de ofício, para excluir da dosimetria a reincidência pela prática do delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, bem como fixar o regime prisional adequado para o início do cumprimento da pena"* (fl. 121).

É o relatório. Decido.

Inicialmente, cumpre registrar que *"[é] incabível, na estreita via do habeas corpus, a análise de questões relacionadas à desclassificação de delito, por demandar o reexame do conjunto fático-probatório dos autos"* (HC 479.110/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2019, DJe 09/04/2019).

No mais, observa-se que o Magistrado sentenciante estabeleceu a dosimetria da pena do Paciente nos seguintes termos (fls. 38-39; sem grifos no original):

*Superior Tribunal de Justiça*

"[...]

*Quanto à primeira fase, verifico que as circunstâncias judiciais especiais e preponderantes não lhe são desfavoráveis. No tocante às circunstâncias judiciais gerais não há razões para majoração. Por tais motivos, fixo a pena base 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.*

*Estabelecida a pena-base, passo à segunda fase da individualização da pena, observados os limites máximo e mínimo. **Há agravante da reincidência específica a ser considerada, conforme fl. 514/520, assim majoro a pena em 1/4.** Não há atenuantes a serem consideradas. Por tal razão, torno a pena intermediária em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 625 dias-multa.*

*Por fim, na terceira fase da dosimetria penal, não é caso de aplicação da redutora prevista no art. 33, §4º, da citada lei. Isso porque é **reincidente**. Assim, torno definitiva a pena em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 625 dias-multa, cujo valor unitário será de um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato (art. 49, § 1º do CP), em atenção à situação econômica do réu (art. 60, caput do CP), atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (art. 49, § 2º do CP).*

*A pena privativa de liberdade deverá ser inicialmente cumprida no regime fechado, tendo em vista que regime menos severo não será apto a permitir que a sanção ora imposta atinja sua finalidade, já que concretamente outro regime seria ineficaz. O agente, que sequer demonstrou arrependimento pela grave conduta praticada, além de ser reincidente."*

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo defensivo, com base nos seguintes fundamentos (fls. 49-51; sem grifos no original):

"[...]

*Como relação à dosimetria, pequeno reparo há de ser feito.*

*A pena-base foi fixada no mínimo, ou seja, em 05 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.*

*Já na segunda fase, ante a presença da circunstância agravante da reincidência, a pena foi majorada em 1/4, contudo, forçoso o decote do acréscimo imposto ao réu, uma vez que a majoração mostrou-se excessiva, devendo ser fixada com acréscimo de 1/6, passando, agora, para 05 anos e 10 meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo, a qual torno definitiva à minguia de outras causas modificadoras.*

*Frise-se ainda que, apesar de ter sido despenalizada, a conduta prevista no art. 28, caput, da Lei 11.343/06 não foi descriminalizada, de sorte que ainda se presta para gerar efeitos da reincidência, sendo, inclusive, fator a obstar a benesse do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06.*

[...]

*Ainda, diversamente do sustentado nas razões recursais, por ser reincidente, o acusado não faz jus ao redutor previsto no §4º, do art. 33, da Lei 11.343/06.*

*Nesta banda:*

[...]

*De igual sorte, a sanção corporal superior a 04 anos de reclusão, assim como a reincidência, são totalmente incompatíveis com a substituição*

*Superior Tribunal de Justiça*

*penal prevista no art. 44 do Código Penal, bem como autorizam a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §2º, alínea 'b', e art. 44, inc. I, ambos do Código Penal. Confira-se:*

[...]

*Outrossim, a fixação do regime inicial fechado é o reflexo esperado por conta do tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República ao crime de tráfico ilícito de drogas que, inclusive, é equiparado à categoria de crime hediondo pela legislação infraconstitucional."*

Verifica-se que o acórdão impugnado entendeu que a anterior condenação do Paciente pelo delito previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 (porte de substância entorpecente para uso próprio) gera reincidência, o que ensejou o acréscimo de 1/6 (um sexto) na pena intermediária do Condenado e o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4.º, do diploma legal em tela.

Tal fundamentação, contudo, **não encontra respaldo na atual jurisprudência** deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que, se contravenções penais, puníveis com prisão simples, **não têm o condão de gerar reincidência** (art. 63 do Código Penal), também o **crime de posse de drogas para consumo próprio não deve gerar tal efeito** – sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade –, haja vista ser punível com medidas muito mais brandas, como "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo".

Nesse sentido:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E DE RESISTÊNCIA. DOSIMETRIA DAS PENAS. REDUÇÃO DAS PENAS-BASE. NEGATIVAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS POR CONDENAÇÃO ANTERIOR POR POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. DESPROPORCIONALIDADE. DECOTE DOS MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA DE PREPONDERÂNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. NOVO MONTANTE DAS SANÇÕES ESTABELECIDO EM 6 ANOS DE RECLUSÃO E 600 DIAS-MULTA (TRÁFICO DE DROGAS) E 2 MESES DE DETENÇÃO (CRIME DE RESISTÊNCIA). AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*- Consoante o entendimento firmado no REsp n. 1.672.654/SP (Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 30/8/2018), revela-se desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.*

*- Desse modo, se os efeitos da reincidência decorrentes de anterior condenação por posse de drogas para uso próprio devem ser afastados, com mais razão ainda, os relativos à circunstância judicial dos maus antecedentes,*

*Superior Tribunal de Justiça*

razão pela qual essa vetorial deve ser decotada das penas-base do paciente, para ambos os delitos.

- Relativamente à agravante da reincidência, no julgamento do HC n. 365.963/SP (Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 23/11/2017), a Terceira Seção dessa Corte pacificou entendimento no sentido de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

- Nova dosimetria das penas realizado, ficando as sanções estabelecidas em 6 (seis) anos de reclusão, além de 600 dias-multa – tráfico de drogas –, e 2 (dois) meses de detenção – crime de resistência –, mantidos os demais termos das condenações.

- Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 520.151/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 27/09/2019; sem grifos no original.)

**"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (55,3 G DE MACONHA E 5,8 G DE COCAÍNA). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 63, CAPUT, DO CP. PLEITO DE RESTABELECIMENTO DO RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA. DESPROVIMENTO. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. DESPROPORCIONALIDADE. COMBATIDO ARESTO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO.**

1. Conforme disposto no decisum ora recorrido, verifica-se que o acórdão não merece reparos, porquanto as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade (HC n. 453.437/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/10/2018).

2. Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, vale dizer, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar a reincidência e também macular os antecedentes do acusado. [...] De outro lado, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, consignou que 'se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com 'advertência sobre os efeitos das drogas', 'prestação de serviços à comunidade' e 'medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo' (HC n. 478.757/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/2/2019).

*Superior Tribunal de Justiça*

3. No RE n. 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal consignou a natureza criminal da conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. No entanto, se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o condão de gerar reincidência (art. 63 do Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade, não deve gerar tal efeito, haja vista ser punível com medidas muito mais brandas, como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Precedentes de ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior (HC n. 469.705/MS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/2/2019).

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.778.346/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019; sem grifos no original.)

Ressalto que, nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A jurisprudência desta Corte Superior considera que "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" (HC 453.535/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018, sem grifos no original).

No caso, diante da quantidade de entorpecente apreendida (**8,8g de maconha**), mostra-se adequada a aplicação da minorante no patamar máximo (2/3).

Ilustrativamente:

**"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. POUCO ENTORPECENTE APREENDIDO. DROGA. PATAMAR MÁXIMO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

II - A via do writ somente se mostra adequada, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se tratar de flagrante ilegalidade.

III - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas

*Superior Tribunal de Justiça*

*nem íntegra organização criminosa. No ponto, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, 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.*

*IV - In casu, as instâncias ordinárias se utilizaram de fundamentações genéricas e inidôneas, para afastar a aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, existindo, destarte, flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício. Precedentes.*

***V - Diante da pequena quantidade de entorpecentes apreendidos, forçoso reconhecer a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no seu patamar máximo.***

*VI - Considerando a primariedade do paciente e o quantum de pena estabelecido, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.*

*VII - Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo da Execução Penal.*

*Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no seu patamar máximo, reduzindo a pena imposta para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como fixar o regime prisional aberto, para o início do cumprimento da pena, e determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo MM. Juízo a quo." (HC 453.814/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 17/08/2018; sem grifos no original.)*

"[...]

*7. 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.*

***8. A natureza constitui 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, mas, no presente caso, não se mostra expressiva o suficiente para aplicar fração diversa da máxima.***

*9. Por fim, ainda que a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, não há se falar em outro regime senão o semiaberto já fixado pelas instâncias ordinárias, tampouco em substituição da pena.*

*10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para*

*Superior Tribunal de Justiça*

*redimensionar a pena do paciente.*" (HC 406.467/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017; sem grifos no original.)

Passo, assim, a readequar a pena do Paciente:

Na primeira fase de aplicação da pena, mantenho a pena-base do Paciente em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na etapa intermediária, fica afastada a agravante da reincidência e, ausentes outras agravantes ou atenuantes, a pena permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento de pena e presente a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, reduzo as sanções do Paciente em 2/3 (dois terços), o que torna as penas definitivas em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.**

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, considerando a pena imposta – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão –, a primariedade do Paciente e a inexistência de circunstâncias judiciais negativas, mostra-se cabível a fixação do regime inicial **aberto**, conforme o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DO APELO NOBRE. PRAZO COMPUTADO NOS MOLDES DO ART. 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA RECLUSIVA DE 1 ANO, 11 MESES e 10 DIAS. REGIME FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES ALTERNATIVAS. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.*

[...]

*3. Cominada a pena reclusiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias, tendo em vista a apreensão de 26,15g (vinte e seis gramas e quinze centigramas) de cocaína e 9,16g (nove gramas e dezesseis centigramas) de maconha, verifico flagrante ilegalidade na fixação do regime fechado e no indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.*

*4. Com efeito, estipulada a pena-base no mínimo legal, reconhecida a primariedade da agente e cominada a minorante do tráfico privilegiado na fração máxima, não é possível negar esses benefícios com espeque na hediondez do delito e na quantidade de estupefaciente apreendido que, no caso, é inexpressiva. Incidência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.*

*5. Agravo regimental desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime aberto e conceder a substituição da pena." (AgInt no AREsp 1.142.322/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018; sem grifos no original.)*



*Superior Tribunal de Justiça*

Confirmam-se, a propósito, os Enunciados n.ºs 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte, 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."*

*"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."*

Por fim, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, saliento que, "[p]reenchidos os requisitos legais e sendo pequena a quantidade de drogas apreendidas, faz jus o paciente à referida benesse" (HC 483.235/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 02/04/2019).

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE do writ e, nessa extensão, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para, reformando o acórdão impugnado, reduzir as sanções do Paciente para **1 (ano) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o **aberto** e conceder-lhe a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 30 de outubro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora