HABEAS CORPUS Nº 491.107 - SP (2019/0027027-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DANIELE CRISTINA BARBATO - SP236007 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOSE EDSON ALEXANDRE DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de JOSE EDSON ALEXANDRE DOS SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo assim ementado (fl. 29):

> APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de drogas - Autoria e materialidade delitiva comprovadas - Decisão condenatória que se impõe - Impossibilidade de absolvição ou desclassificação - Penas e regime inicial fixados com critério - Impossibilidade da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos - Impossibilidade de aplicação da detração - Recurso desprovido.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 333 dias-multa.

Interposta apelação pela defesa, foi negado provimento ao recurso.

Sustenta a defesa, em suma, constrangimento ilegal decorrente da inexistência de motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

Requer, assim, seja estabelecido o regime prisional aberto e substituída e pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida (fl. 43).

O parecer do Ministério Público Federal foi pela concessão da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, busca a defesa a fixação de regime inicial menos gravoso, ao paciente JOSE EDSON ALEXANDRE DOS SANTOS, bem como a substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

O Tribunal de Justiça ratificou a sentença nos seguintes termos (fls. 30-38):

> [...] O recurso interposto não merece provimento.
> O apelante foi condenado como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, pois, nas circunstâncias narradas na denúncia, no dia 11 de janeiro de 2017, por volta de 15h10min horas, na Rua Agostinho Febre, 10, Jardim São Luís, nesta capital, **trazia consigo e guardava no interior de**

uma sacola plástica, para venda de terceiros, 29 porções contendo 96,6 gramas de cannabis sativa L, 32 invólucros plásticos contendo 31,2g de cocaína em pó, 02 porções contendo 0,4g de haxixe e 04 tubos contendo 18 mililitros de tricloroetileno, substâncias essas entorpecentes e que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo o apurado, policiais militares realizavam patrulhamento ostensivo pela região dos fatos quando perceberam que o denunciado havia saído correndo ao notar a presença da viatura. Os agentes públicos iniciaram perseguição, ocasião em que observaram que o apelante entrou em um terreno baldio. No encalço dele, encontraram-no agachado atrás de uma moita, segurando uma sacola plástica.

Dentro da sacola segurada pelo apelante, os policiais localizaram 29 porções contendo maconha, 32 invólucros plásticos contendo cocaína em pó, 02 porções de haxixe e 04 tubos contendo lança perfume (droga confirmada pelo laudo pericial de fls. 134/136). Além disso, localizaram com o réu a quantia de R$115,00 proveniente da venda das drogas.

Indagado informalmente, o denunciado teria confessado aos policiais que estava comercializando drogas no local. No entanto, optou por exercer seu direito constitucional de permanecer em silêncio quando interrogado na sede do plantão policial do 92º D.P. de Sto. Antonio (fls. 13). Em juízo, o apelante negou os fatos imputados contra si.

A r. sentença recorrida encontra-se suficientemente motivada no que diz respeito ao decreto condenatório e em nada abalada pelas razões de recurso oferecidas pela defesa, merecendo ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Com efeito, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, o acusado nada declarou, optando por permanecer em silêncio. Em Juízo, todavia, pôs-se a negar a imputação, disse que estava no local para comprar entorpecente, uma vez que é usuário de maconha e cocaína, e que com a chegada dos policiais, Robert, descrito pelo réu como o vendedor das drogas, fugiu e jogou as drogas no meio do mato.

Foi abordado, levado ao distrito policial e acusado do crime em questão.

Como bem descrito na sentença proferida em primeira instância:

Referida exculpatória, contudo, restou isolada nos autos, desacompanhada de qualquer demonstração probatória de veracidade, sendo infirmada pelos robustos elementos de prova produzidos, sobretudo diante do minudente e insuspeito relato dos policiais responsáveis pela diligência, que culminou com a apreensão das porções de drogas descritas na denúncia, já prontas para a venda, além de uma quantia em dinheiro, produto da mercancia espúria.

Ora, os depoimentos prestados pelas testemunhas, tanto perante a autoridade policial, como em Juízo, foram suficientes para atestar a prática do crime de tráfico ilícito de drogas, quanto a sua autoria. Além disso, a materialidade do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, está comprovada nos autos pelo laudo positivo do exame químico- toxicológico (fls. 134/136).

Com efeito, os policiais militares Wagner Souza Santos e Leandro Roberto da Silva, confirmaram a exordial acusatória com precisão e clareza, valendo recordar que as declarações dos agentes públicos que atenderam a ocorrência

têm valor relevante e merecem total credibilidade. A propósito:

"Os testemunhos de policiais destacados para a realização de repressão criminal devem ser aceitos quando se prestam a dar conta da tarefa realizada, inexistindo motivo para que sejam considerados tendenciosos, sendo certo que somente podem ser rechaçados se comprovado que houve falseamento da verdade ou que estão em desconformidade com o restante da prova" (TJSP Apelação nº 1.364.617/5 Rel. Luiz Ganzerla).

"É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte (STJ - AgRg no Ag 158921/SP Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura Sexta Turma j. 10-5-2011)." Ora, pela observância da prova colhida, pela forma e circunstâncias em que foi realizada a abordagem do apelante e pela natureza do entorpecente apreendido (29 porções contendo maconha, 32 invólucros plásticos contendo cocaína em pó, 02 porções de haxixe e 04 tubos contendo lança perfume), é evidente a destinação para entrega a consumo de terceiros.

Assim, a conduta do apelante se amolda perfeitamente ao delito capitulado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas). Trata-se de tipo penal misto alternativo, que abrange, entre outras, a conduta de "transportar" substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Dessa forma, é de rigor manter a condenação do apelante, como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, não havendo que se falar em absolvição, nem ao menos em nulidade. O silêncio do acusado em interrogatório realizado na sede do plantão policial do 92º D.P. de Sto. Antonio não interferiu na livre convicção do juiz em primeira instância ao decidir pela condenação do réu, sendo esta motivada pelas provas contidas nos autos.

Passando à análise do cálculo da pena, agiu corretamente o Juízo a quo ao considerar a primariedade do réu, bem como a quantidade de droga apreendida ao aplicar a redutora prevista no artigo 33, § 4º, da lei 11.343/06 não em seu máximo, mas sim diminuindo a pena à razão de 1/3, **tendo em vista que foram apreendidos entorpecentes de distinta natureza, tornando-a definitiva em três anos e quatro meses de reclusão e trezentos e trinta e três dias multa, calculada a unidade em seu mínimo legal.**

Considerando a natureza diversa da droga apreendida, bem como sua quantidade, não cabe aumentar a fração do redutor inserto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Em relação ao regime de cumprimento de pena, mantém-se o inicial fechado, já fixado pela r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, considerando-se aqui, além da hediondez do delito por equiparação, a gravidade e nocividade concreta da conduta, também evidenciada pela natureza da droga apreendida, o que recomenda que o desconto das penas privativas de liberdade seja iniciado em regime mais severo.

> Ademais, entende-se que a determinação dada pela Lei nº 11.464/07 está em consonância com o princípio da isonomia, visto que trata de maneira distinta aquele que pratica delito que a própria Constituição Federal considera mais grave. A determinação legal de fixação do regime inicial fechado não impede a devida individualização da pena durante sua execução, quando, conforme as circunstâncias objetivas e subjetivas relacionadas a cada sentenciado é possível a progressão de regime e obtenção de outros benefícios previstos na Lei de Execução Penal.
> Nesse sentido é o entendimento consolidado em julgados desta colenda 15ª Câmara Criminal:[...]
> **Finalmente, pelos mesmos fundamentos e evidenciadas as peculiaridades do crime equiparado a hediondo, no caso concreto, não se impõe a substituição dessa pena privativa de liberdade por restritivas de direitos,** já que a culpabilidade exacerbada do apelante não autoriza essa benesse (cf. artigo 44, inciso III, do Código Penal).
> Finalmente, o pleito concernente à aplicação da detração penal não merece acolhida, por se tratar de matéria afeta à alçada do Juízo das Execuções Criminais, consoante prevê expressamente o artigo 66, inciso III, alínea "c", da Lei nº 7.210/84, especialmente porque faltam elementos comprobatórios nos autos do cumprimento de requisitos objetivos e subjetivos por parte do insurgente, de modo que a análise de tais questões restam prejudicadas. Dessa forma, inaplicável o disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal nesta instância recursal, ou qualquer outra medida atinente ao Juízo das Execuções.
> Assim sendo, e nestes termos, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A sentença quanto ao regime prisional, possui os seguintes fundamentos (fls. 22-26):

> A materialidade do delito veio comprovada pelo auto de prisão em flagrante, boletim de ocorrência (fls. 35/37), auto de exibição e apreensão (fls.
> 38), pelo laudo de constatação (fls. 07/09), pelo laudo de exame químico-toxicológico encartado a fls. 134/136, que resultou positivo para cocaína e Tetrahidrocannabinol (THC), bem como pela contundente prova oral produzida.
> E a autoria, da mesma forma, é certa.
> Com efeito, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, o acusado nada declarou, optando por permanecer em silêncio.
> Em Juízo, todavia, pôs-se a negar a imputação.
> Disse que estava no local para comprar entorpecente, uma vez que é usuário de maconha e cocaína.
> Com a chegada dos policiais, Robert, o vendedor de drogas, fugiu e jogou as drogas no meio do mato. Foi abordado, levado ao distrito policial e acusado do crime em questão.
> Referida exculpatória, contudo, restou isolada nos autos, desacompanhada de qualquer demonstração probatória de veracidade, sendo infirmada pelos robustos elementos de prova produzidos, sobretudo diante do minudente e

insuspeito relato dos policiais responsáveis pela diligência, que culminou com a apreensão das porções de drogas descritas na denúncia, já prontas para a venda, além de uma quantia em dinheiro, produto da mercancia espúria.

Tais agentes da lei apresentaram versões coerentes e harmônicas a respeito dos fatos.

Informaram que realizavam patrulhamento pelo local, , quando avistaram o réu em local já conhecido como ponto de tráfico, em atitude que despertou suspeita.

Logo que se aproximaram, o acusado correu, foi perseguido e localizado no meio do mato,agachado e segurando uma sacola amarela. No interior da sacola localizaram porções de maconha e cocaína, bem como uma quantia em dinheiro. Na oportunidade, o acusado admitiu que estava vendendo drogas no local.

Como consignado, a prova produzida no contraditório é farta, bastante para uma condenação, demonstrando de forma inequívoca a ocorrência do crime, não deixando dúvida sobre a responsabilidade do réu.

Surpreendido por policiais militares em pleno desempenho do comércio ilegal de drogas, foi detido em poder de inúmeras porções de drogas, além de certa quantia em dinheiro.

Preso em flagrante e apresentado perante a d. Autoridade policial, preferiu abrir mão de exercer seu direito à autodefesa, quedando-se silente.

Evidentemente que o direito ao silêncio está assegurado pela Constituição Federal, mas não se pode deixar de consignar que essa postura é incompatível com a de pessoa inocente diante de uma prisão injusta. [...]

Razoável mesmo supor que, estivesse sendo vítima de abuso policial e acusado indevidamente, trataria de clamar inocência logo na primeira oportunidade de que dispusesse até mesmo a fim de viabilizar diligências que pudessem sustentar eventual álibi -, sobretudo diante de tão grave imputação.

Mas não foi o que fez o acusado, que se manifestou somente em juízo, meses depois de sua prisão.

Mesmo assim, apresentou singela negativa de autoria, cuja veracidade nem de longe comprovou, como a essa altura lhe competia fazer, nos termos do que prevê o artigo 156 do Código de Processo Penal.

Assim é que tentou fazer crer que policiais o abordaram e, deliberadamente, passaram a acusá- lo injustamente pela prática de tráfico de drogas, sem que houvesse qualquer justificativa plausível para tanto.

Todavia, essa versão se mostrou bastante pueril, previsível e inconsistente. Aliás, acatar a falaciosa fala do réu implicaria reconhecer que houve verdadeiro conluio criminoso engendrado pelos policiais, com o exclusivo intento de incriminar falsamente uma pessoa inocente.

Não parece mesmo crível.

Bem ao contrário, os policiais militares prestaram depoimentos insuspeitos, dando conta da movimentação do réu, típica de tráfico de drogas; em local já conhecido pela ocorrência do comércio ilícito em questão;

entenderam por bem realizar a abordagem, o réu correu, foi localizado e alcançado e carregava uma sacola contendo drogas diversificadas e uma quantia em dinheiro.

E os esclarecimentos apresentados pelos policiais são dignos de toda

credibilidade, sobretudo não existindo demonstração probatória de qualquer interesse deles em prejudicar pessoa inocente.

Como qualquer testemunha, os policias prestam compromisso de dizer a verdade, e a versão que apresentam só pode ser desprezada se existir prova concreta de que não corresponda à verdade real dos fatos, o que evidentemente não ocorre no caso dos autos. [...]

Quanto ao tóxico apreendido, desnecessário maiores digressões acerca de sua destinação. O desiderato de mercancia é manifesto e as circunstâncias da apreensão não deixam margem para dúvidas.

As inúmeras porções de cocaína, maconha, haxixe localizadas revelam que as drogas iriam ganhar as ruas, de forma que não é o caso de desclassificação para o crime previsto no artigo 28 da Lei Especial, até porque o réu não reivindicou a posse do material ilícito apreendido.

Assim não fosse, consigne-se que a situação de usuário de drogas não exclui a de traficante, uma vez que: "Ainda que se trate de réu viciado no uso de tóxico, a apreensão de grande quantidade da erva em seu poder, revela o objetivo de sua comercialização" (TJSP AC 9.751-3 Rel. Gonçalves Sobrinho RJTJSP 75/343).

"A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade" (TJSP HC 42.229-3 Rel. Onei Raphael RJTJSP 101/498).

"Tráfico de entorpecente Grande quantidade de droga apreendida em poder do acusado, evidenciadora do propósito de comercialização Desclassificação para uso, em razão dependência, inadmissível Inteligência dos arts. 12 e 16 da Lei 6.368/76." (TJMT AC 565/86 Rel. Mauro José Pereira RT 620/331).

Por esses argumentos, não há que se falar em prova precária, inviabilizando o acolhimento da pretensão absolutória da Defesa.

Demonstrada a ocorrência do delito, e comprovada à responsabilidade criminal do acusado, a procedência da ação penal é medida que se impõe.

Passo a dosar a pena a ser imposta.

Ao que consta, o acusado é tecnicamente primário.

norteadores do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei 11.343/06, fixo a pena no mínimo legal, ou seja, cinco anos de reclusão e quinhentos dias multa.

Considerando que o acusado é tecnicamente primário e diante da pouca quantidade de droga apreendida, é **o caso de aplicação do que dispõe o artigo 33, § 4º, da lei 11.343/06; todavia, como já mencionado, portava entorpecente diversificado, não comprovou o exercício de atividade lícita, ao contrário, qualificado na delegacia de polícia afirmou que estava desempregado, razão pela qual diminuo a pena à razão de 1/3, tornando-a definitiva em três anos e quatro meses de reclusão e trezentos e trinta e três dias multa, calculada a unidade em seu mínimo legal.**

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação penal que a Justiça Pública move contra JOSÉ EDOSON ALEXANDRE DOS SANTOS, R.G. nº 56.425.185, e o condeno ao cumprimento de três anos e quatro meses de reclusão e ao pagamento do valor correspondente a trezentos e

> trinta e três dias multa, por infração ao artigo 33, caput, da lei 11.343/06.
> **Tendo em vista a gravidade do crime, considerado hediondo, para garantia da ordem pública, o acusado não poderá recorrer em liberdade e, igualmente, preenche os requisitos do artigo 44 do Código Penal, que não tem aplicação ao crime tratado na presente ação penal, que tem regras especiais e que são aplicadas em detrimento das gerais. Por se tratar de crime hediondo, que compromete a saúde pública, a medida não se mostra socialmente recomendável.**
> **A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida inicialmente no regime fechado,** tendo em vista o que dispõe a Lei 11.464/07, que alterou a redação original do artigo 2º, parágrafo 1º da lei 8.072/90.
> **O regime fechado é o único compatível com a natureza do crime, considerado hediondo, especialmente no caso concreto, que revelou periculosidade do acusado, que portava para comércio porções de "cocaína", "maconha" e "haxixe"**.[...]

Como se vê, o regime inicial fechado foi fixado com base na hediondez do delito e da natureza dos estupefacientes apreendidos. Ocorre que o § 3º do art. 33 do CP estabelece que a *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*. Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, *ad litteram*:

> Súmula 440/STJ: 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.
> Súmula 718/STF: 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.
> Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Com relação à espécie dos entorpecentes e às circunstâncias de abordagem da paciente, constata-se que, apesar de ter sido indicada a diversidade da droga apreendida, quantidade não é expressiva, tratando-se de apenas 96,6 gramas de maconha, 31,2 gramas de cocaína e 0,4 gramas de haxixe, a qual não justifica a imposição do regime inicial mais gravoso.

Ademais, da leitura do acórdão (fls. 28-38), nota-se que as circunstâncias nas quais o paciente foi apreendido são normais à prática do delito de tráfico de drogas, não possuindo nenhuma particularidade que justificasse o modo prisional fechado.

Assim, sendo o réu tecnicamente primário (fl. 25), não sendo relevante a quantidade dos entorpecentes apreendidos, e pena final estabelecida em

patamar inferior a 4 anos de reclusão, de rigor a concessão da ordem para alterar o regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal. Nesse sentido, tem-se os seguintes julgados:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> 2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
> In casu, em razão da primariedade do paciente, do quantum de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.
> [...]
> Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena.
> (HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)
>
> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A DEMONSTRAR QUE O PACIENTE SE DEDIQUE A AITIVIDADE CRIMINOSA OU INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO.
> [...]
> 3. O regime mais gravoso que o patamar de pena aplicada pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, conforme o teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.
> 4. In casu, o regime fechado foi estabelecido pelo Tribunal de origem com

> base na gravidade abstrata do delito, fundamentação que deve ser afastada. Constatada a primariedade, ausência de circunstâncias desfavoráveis e o quantum da pena privativa de liberdade inferior a 4 anos faz jus o paciente ao regime aberto.
> 5. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no HC 358.495/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 16/02/2017)

Por fim, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tem-se que a concessão da benesse foi negada pelas instâncias de origem, pelos seguintes fundamentos (fl. 26):

> [...]não poderá recorrer em liberdade e, igualmente, preenche **os requisitos do artigo 44 do Código Penal, que não tem aplicação ao crime tratado na presente ação penal, que tem regras especiais e que são aplicadas em detrimento das gerais. Por se tratar de crime hediondo**, que compromete a saúde pública, a medida não se mostra socialmente recomendável.[...]

Com efeito, observa-se que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos com esteio na hediondez do delito. Entretanto, trata-se de réu primário, cuja pena final estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, não sendo o volume de drogas considerável a ponto de impedir a conversão.

Assim, de rigor a concessão da ordem, de ofício, para determinar a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, em conformidade com o art. 44 do Código Penal. Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO EM METADE. RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO.
> 1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual mínimo de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no referido patamar, sendo razoável, diante da quantidade da droga apreendida - **44,59 g de cocaína** -, a aplicação da minorante em metade, redimensionando-se a pena para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.
> 2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 1/2, sendo a reprimenda final 2 anos e 6 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do

> Código Penal.
> 3. Ordem concedida, em menor extensão, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.
> (HC 392.193/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017)

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento de pena e para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo de execução.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 16 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator