

**HABEAS CORPUS Nº 502.518 - SP (2019/0095250-2)**

**RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**BRUNO GIRADE PARISE - SP272254**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : BRUNO BERTOLDO DE MATOS (PRESO)**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de BRUNO BERTOLDO DE MATOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0095462-72.2016.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em razão da prática de delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, e de 2 (dois) meses de detenção, em regime inicial fechado, como incurso na sanção do art. 329, na forma do art. 69, ambos do CP.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso, a fim de aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, redimensionando a reprimenda do réu para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, fixando o regime inicial semiaberto para ambos os delitos, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Nesta via, sustenta a impetrante, em síntese, que o paciente preenche os requisitos para a obtenção da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 na fração máxima.

Assevera a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não houve fundamentação suficiente para justificar a fixação do regime prisional semiaberto, em descompasso com o entendimento preconizado nos Enunciados Sumulares 718 e 719 da Suprema Corte, e 440 do Superior Tribunal de Justiça, sendo devida sua alteração para o modo aberto.

Defende a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja aplicada a fração máxima da minorante do tráfico privilegiado, mitigado o regime prisional para o aberto e substituída a pena por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 45-46.

Informações prestadas às fls. 87-105.

O Ministério Público Federal, às fls. 107-108, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Cumprir pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do

Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente da não incidência da fração máxima da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, verifica-se que o Tribunal *a quo* aplicou o redutor em 1/2 (metade), sob o seguinte fundamento (e-STJ fl. 40):

*"Na derradeira fase, a causa de diminuição das penas prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 deve ser aplicada, na medida em que o réu é tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes e não há provas de que se dedicasse à atividade criminosa ou integrasse organização criminosa. Todavia, considerando-se a **expressiva quantidade de variados entorpecentes, e a natureza de um deles, dotado de alto poder viciante (cocaína)**, afigura-se necessária e adequada a aplicação do redutor na fração de 1/2 (metade)."*

Com efeito, quanto aos critérios para a escolha da fração de diminuição, cumpre destacar que o legislador apontou apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para dirimir entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação.

Disciplinando o tema, a doutrina e a jurisprudência firmaram o entendimento de que devem ser consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena: *"O juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente"*.

No caso em apreço, consoante se observa do excerto transcrito, o Tribunal *a quo* reputou adequada a redução da pena na fração de 1/2 (metade), pela incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, fundado na quantidade e natureza deletéria das drogas apreendida, qual seja, **"44 porções de maconha, com peso líquido de 56,9 gramas, e 27 porções de cocaína, com peso líquido de 11,3 gramas"** - (e-STJ fl. 34), o que representa motivação idônea para impedir a aplicação da fração máxima de 2/3 (dois terços).

Nesse sentido:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/2. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA TOTAL INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E RÉU PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE DE AGRAVAMENTO DO ASPECTO QUALITATIVO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA*

DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA LESIVA DE UM DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO DE ORDEM OBJETIVA PREVISTO NO ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL - CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. Nesse contexto, na escolha do quantum de redução da pena em razão da incidência do redutor, deve-se levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06). In casu, o Tribunal a quo fixou o patamar da redução em 1/2 com base em elementos concretos extraídos dos autos, evidenciados pela quantidade e natureza lesiva das drogas apreendidas - 56 porções de maconha pesando 112,3g e 38 porções de cocaína pesando 16,6g -, tudo a indicar uma maior reprovabilidade da conduta do paciente.

3. A reforma do entendimento consignado pela Corte Estadual no que se refere ao quantum de redução aplicado constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

Precedentes.

4. Nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta nos arts. 33, §§ 2º e 3º e 59, ambos do Código Penal - CP, em conjunto com o art. 42 da Lei n.

11.343/2006, que determinam a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga. No caso dos autos, não evidencio ilegalidade na imposição do regime semiaberto pela Corte estadual, que se baseou na gravidade concreta do delito, pois, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legalmente estabelecido, o paciente seja primário e o quantum de pena aplicado (2 anos e 6 meses de reclusão) permitam, em tese, a fixação do regime aberto, a quantidade e a natureza de droga apreendida, justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, §§ 2º, 'c' e 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06. Inaplicáveis, portanto, os enunciados n. 440/STJ e n. 718/STF.

5. Ressalto que, mesmo nas hipóteses de pena-base no mínimo legal, é possível agravar somente o aspecto qualitativo da reprimenda (regime) para se chegar a uma resposta suficiente à reprovação e à prevenção do delito. 6. Incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direito, nos termos do artigo 44, inc. III, do CP, devido a natureza lesiva dos entorpecentes apreendidos.

Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 488.758/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 11/04/2019)"

**"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE REFORMA PARA PIOR NO JULGAMENTO DE RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PERCENTUAL DE APLICAÇÃO MANTIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COM ACRÉSCIMO DE FUNDAMENTOS, NO CASO, NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO.**

1. A proibição de reforma para pior, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, possui o objetivo de obstar que, em inconformismo exclusivo da defesa, o acusado tenha agravada sua situação. Pode a Corte estadual, sem piorar a situação do recorrente, em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e efeito devolutivo amplo, observados os limites horizontais do tema suscitado, manifestar sua própria e cuidadosa fundamentação sobre as matérias debatidas na origem. Desse modo, ao Tribunal de Justiça, provocado a apreciar o cálculo da reprimenda, compete examinar as circunstâncias judiciais e apreciar os pormenores da individualização da sanção deliberados na sentença, mantendo ou diminuindo a sanção imposta. Precedentes.

2. Na espécie, vê-se que o Tribunal estadual manteve o percentual do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 aplicado em primeiro grau - 1/2 -, justificando tal modulação na natureza e quantidade do entorpecente apreendido - 36,77g (trinta e seis gramas e setenta e sete centigramas) de cocaína. Ademais, a reiterada orientação desta Corte é a de que a quantidade e a natureza da droga apreendida constituem elementos aptos a justificar a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar diverso do máximo, como ocorre no caso. Ainda, tal operação, no caso, não implicou o indevido bis in idem, porquanto tais circunstâncias não foram consideradas para elevar a pena-base, que permaneceu no mínimo legal, situação, inclusive, esclarecida no acórdão recorrido (e-STJ fl. 425).

3. Nesse tear, não há manifesta ilegalidade no procedimento adotado pela Corte originária, que apenas elasteceu a justificativa para adoção da fração de 1/2 na aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, explicitando de maneira mais detalhada as circunstâncias judiciais, mas respeitando o limite da reprimenda estabelecida na origem e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida. Assim, se não houve nenhum acréscimo no quantum estabelecido em primeira instância, não há falar em agravamento da situação do recorrente.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1673541/AM, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017)"

No que tange ao regime inicial, verifica-se que o Colegiado fixou o semiaberto sob a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 41):

*"Por outro lado, malgrado a vistosa gravidade concreta do crime da lei especial, o entendimento hoje imperante de que o "tráfico privilegiado" não mais se classifica como crime hediondo (STF- HC nº 118.533) e o tempo de prisão provisória são circunstâncias que autorizam excepcionalmente, na espécie, optar-se pela modificação do regime prisional inicial para o semiaberto, salientando-se que este haverá de ser também para o outro delito, que - por ser punido com pena de detenção - não permitia legalmente regime mais severo do que o intermediário (art. 33, caput, 2ª parte, do CP)."*

Do trecho acima transcrito, observa-se que a fixação do regime inicial semiaberto para o crime de tráfico considerou apenas a gravidade em abstrato do delito, fundamento que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação de sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a saber:

*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.*

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, 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.*

Nesse norte, os seguintes julgados:

*"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ART. 33, § 2º, B, DO CP. PEDIDO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. PRIMARIEDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. PENAS-BASE ESTIPULADAS NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. GRAVIDADE ABSTRATA DOS DELITOS. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. SÚMULAS 718 E 719/STF. SÚMULA 440/STJ. PENA DEFINITIVA ESTIPULADA EM*

**6 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, B, DO CP. REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE.**

1. Foram utilizados pelo Tribunal paulista fundamentos abstratos e genéricos na fixação do regime de cumprimento de pena mais grave, com suporte em elementos inerentes aos tipos penais violados.

2. Todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao agravante, sendo fixadas as penas-base dos crimes de roubo e de corrupção de menores, no mínimo legal, respectivamente, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, e em 1 ano de reclusão. Sendo assim, não há fundamento para dar lastro à imposição de regime prisional mais severo do que o permitido pelo quantum da pena, ex vi da Súmula 440/STJ.

3. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula 440 deste Superior Tribunal de Justiça. [...] Hipótese em que o Juiz de primeiro grau considerou, para fins de regime prisional, favoráveis as circunstâncias judiciais, fixando o intermediário. Contudo, o Tribunal de origem estabeleceu o regime fechado sem apresentar motivação idônea. Assentou a gravidade genérica do delito, bem como o entendimento, reiteradamente rechaçado por esta Corte, de que em casos de crime de roubo deve sempre ser imposto o regime fechado (HC n. 331.754/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/11/2015).

4. Fixadas as penas-base no mínimo legal e não ostentando o agravante antecedentes criminais, é descabida a fixação de regime mais gravoso sem a existência de fundamentação idônea, nos termos das referidas súmulas. Por conseguinte, levando-se em consideração as penas definitivas cominadas ao agravante (6 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 13 dias-multa), é possibilitada a imposição do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

5. A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, em relação ao regime de cumprimento da prisão, é uniforme no sentido de que "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 718/STF), e que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF). "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 440/STJ) - (HC n. 442.914/RJ, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 8/5/2018).

6. Agravo regimental provido a fim de reconsiderar a decisão agravada e, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dar provimento ao recurso especial para abrandar o regime inicial ao semiaberto.

(AgRg no REsp 1.762.097/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018)"

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.**

NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESCABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, em relação ao regime de cumprimento da prisão, é uniforme no sentido de que "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 718/STF), e que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF).

III - "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 n. 440/STJ).

IV - Na hipótese, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base na majorante do emprego de arma de fogo e na gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado.

V - Desse modo, sendo os réus primários, fixadas as penas-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena dos pacientes, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 442.914/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018)"

Assim, fixada a reprimenda em patamar inferior a 4 (quatro) anos e considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais, nota-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do modo aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

Em relação ao pedido de substituição da pena privativa liberdade por restritiva de direitos, colhe-se o seguinte excerto do acórdão impugnado (e-STJ fls. 40-41):

*"Outrossim, incabível a aplicação de penas restritivas de*

*direitos, mormente em se considerando que a gravidade concreta da conduta do apelante, decorrente da natureza e expressiva quantidade de entorpecentes, um deles dotado de alto poder viciante (cocaína), capazes de atingir centenas de usuários, constitui efetivo óbice à outorga de tal benesse, por não se afigurar suficiente nem socialmente recomendável (art. 44, III, CP)."*

Desse modo, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista que as circunstâncias do delito evidenciam que, *in casu*, a negativa da permuta encontra-se justificada, pois a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado.

Nessa esteira:

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DOS AGENTES EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIA INEXPRESSIVA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.*

*5. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes.*

*Precedentes.*

*6. Caso em que a míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva dos pacientes e considerando a primariedade e os bons antecedentes deles, impõe-se a aplicação do redutor do art.*

*33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal (2/3). 7. Embora os pacientes sejam primários e a pena tenha sido estabelecida em 1 ano, 10 meses e 10 dias, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).*



**8. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, em razão da aferição desfavorável da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido (art. 44, III, do CP).**

9. 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 sanção final dos pacientes para 1 ano, 10 meses e 10 dias de reclusão mais pagamento de 187 dias-multa, no regime semiaberto.

(HC 489.860/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)"

"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 ACUSADO EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. QUANTIA E ESPÉCIE DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que denotem a habitualidade do paciente na prática delitiva ou ser integrante de organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a quantidade da droga apreendida - 10 porções de cocaína (19,2 g) e outros 281 eppendorfs com a mesma substância (49, 1g) - não se mostram excessiva, por si só, para impedir a concessão de benefício em questão, cabendo, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/2, atento aos vetores do art. 42 da referida Lei.

4. Embora o acusado seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantia e da espécie da substância apreendida, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

**5. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da quantidade e natureza das drogas apreendidas (art. 44, III, do CP).**

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006 na fração de 1/2, redimensionando a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão mais 250 dias-multa, bem como para estabelecer o regime semiaberto.

(HC 472.999/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018)"

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do writ, **concedendo-se**, contudo, **a ordem** de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, a fim de fixar o regime prisional **aberto** para início do cumprimento da pena pelo delito de tráfico, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI  
Relator