**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.492.062 - RS (2019/0125674-5)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO JORGE MUSSI** |
| AGRAVANTE | : | MARAISA CAMARGO BRAGA |
| ADVOGADOS | : | RAFAEL RAPHAELLI - RS032676<br>DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL |
| AGRAVADO | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL |

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto por MARAISA CAMARGO BRAGA contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que inadmitiu o seu recurso especial.

Consta dos autos que a agravante foi condenada pela prática do crime tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada, a acusação interpôs recurso de apelação perante a Corte Estadual, a qual deu provimento ao apelo, a fim de condenar a agravante à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade, e a 250 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Contra a decisão foi apresentado o recurso especial, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, o qual não foi admitido na origem, com fundamento nas Súmulas n. 7 e 83/STJ.

No presente recurso, alega a agravante que os óbices indicados na decisão de admissibilidade não incidiriam *in casu*. Aduz que a matéria discutida nos autos é principalmente de direito e não envolve a rediscussão do conjunto fático-probatório e que a pena foi aplicada de forma desproporcional.

Requer o acolhimento do agravo, a fim de que seja admitido e provido o Recurso Especial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento da insurgência.

É o relatório.

Devidamente impugnada a decisão combatida, merece exame o inconformismo.

Nas razões do recurso especial a defesa pretende o restabelecimento da sentença, que desclassificou a conduta do agravante do art. 33 para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006, sob a alegação de que não haveria provas suficientes para sustentar uma condenação por tráfico de drogas. Acrescenta, em via alternativa, que a minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deve ser aplicada em seu grau máximo.

No que diz respeito ao pleito de desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas, a Corte *a quo* assim se manifestou (e-STJ fls. 151-154):

> *[...]*
> *A materialidade e autoria do delito de tráfico de drogas foram demonstradas pelo auto de prisão em flagrante e boletim de*

*ocorrência constantes no inquérito das fls. 06 e ss., auto de apreensão da fl. 09, laudo de constatação da natureza da substância das fls. 12/13, laudo pericial da fl. 79, bem como pela prova oral produzida.*

*Além disso, a existência do fato e sua autoria ficaram devidamente comprovadas; e, para demonstrá-lo, utilizo-me de trecho da sentença da nobre sentenciante a quo, Dr. Fábio Marques Welter, que resume com propriedade a prova produzida:*

> *A ré MARAÍSA CAMARGO BRAGA, interrogada ao final da instrução, audiovisual da fl. 92. Falou que é usuária de drogas e que foi visitar sua mãe no bairro Itararé, sendo que seu conhecido "Lele", conhecido por vender drogas, e lhe ofereceu a quantidade de entorpecentes por R$50,00.*
>
> *A interrogada alegou que não tinha o todo o dinheiro e acabou adquirindo a droga por R$30,00. Que "Lele" lhe alertou sobre o risco de portar aquela quantidade de drogas, momento em que a ré adentrou em um mato próximo e introduziu a droga em sua vagina. Que logo após a introdução, começou a sentir dores na região pélvica, e pediu ajuda para sua amiga retirar a droga do local. Alegou que tentou usar uma "pazinha" de sorvete, e acabou se lesionando. Que lhe foi vendido 50g (cinqüenta gramas) de droga, mas a ré acredita que a droga inchou, pois precisou urinar. Em razão disso, sua amiga lhe levou até a UPA e que lá falou para a médica o que tinha ocorrido.*
>
> *Que foi encaminhada de ambulância até o HUSM (Hospital Universitário de Santa Maria), e que também lá relatou para a médica o fato. Alegou que no momento ficou alterada com os policiais, pois estava com medo de não poder mais visitar seu marido na Penitenciária Estadual, o qual está recolhido em razão de um assalto. Falou que usa drogas desde seus 14 anos, e nega que teria levado a droga para seu marido, pois o ele não é usuário. Alegou que reside sozinha e que tem deficiência visual desde seus 19 anos de idade, quando foi diagnosticada com Toxoplasmose. Que necessita de tratamento para convulsão. Que costuma comprar 25g por 80,00 (oitenta reais) e que usa "maconha" todos os dias, sendo cerca de cinco cigarros por dia. Que não procurou tratamento para seu vício, pois acredita que seu vício não atrapalha seu estilo de vida. Não teve mais contato com a amiga que estava lhe acompanhando. Asseverou que quando foi até a penitenciária (PESM), passou pela revista intima, pois é conhecida como usuária de drogas. Que nunca levou drogas até o presídio, pois seu marido não é usuário, e que nunca foi acusada por ser traficante de drogas. Por fim, falou que*

*no dia estava nervosa pois ficou com medo de ir presa.*

*O Policial ARNALDO MORAES MAIA JÚNIOR, audiovisual da fl. 92, alegou que foram solicitados pela Médica plantonista do HUSM para comparecer na emergência, pois a acusada tinha procurado o hospital em razão de fortes dores na região pélvica, e ao realizar o exame, foi localizada a quantidade de entorpecentes em seu canal vaginal. Que a equipe médica teria entregado a droga aos policiais. Alegou que a ré falou que era usuária de drogas e que visitou seu companheiro na PESM no dia anterior. Não sabe a ré falou para a médica quando introduziu a droga, mas sabe que foi quando estava em um ônibus. Que a ré não falou se consumiria com seu companheiro ou sozinha.*

*O policial DIEGO FRANCISCO FARIAS GARIN, audiovisual da fl. 92, falou que foram chamados pela médica do HUSM, pois em um exame, foi localizado droga no interior da vagina de uma paciente. Que a médica tirou o objeto e foi constatado que se tratava de maconha. Que a ré estava nervosa, e que falou que tinha um companheiro recolhido na PESM. A ré não falou se usaria a droga com seu companheiro, negou que estava levando a droga para alguém, e que vai regularmente ao presídio. A ré não falou quando que foi introduzido a droga, mas a médica alegou que já fazia algum tempo que a droga ali estava. Alegou que quando chegou ao HUSM, a ré já estava no centro obstétrico. Não sabe precisar se pela quantidade de droga, o fim seria para consumo ou para a traficância, sendo que geralmente o enquadramento de consumo se dá em quantidades menores.*

*(...)*

*Apesar de a ré alegar que a droga era para seu consumo pessoal, tal tese não parece verossímil, pois a quantidade apreendida é compatível com o tráfico, não mero consumo. Além disso, a droga foi localizada no interior da cavidade vaginal da acusada, o que evidencia que a mesma era destinada ao tráfico de drogas, sendo a ré sabedora da ilicitude de sua conduta, tanto que introduziu a substância na vagina a fim de escondê-la.*

*Diante dessas circunstâncias, não há como se afastar droga apreendida com a ré realmente era destinada ao tráfico.*

*(...)*

*Ademais, a expressiva quantidade de droga apreendida, 87,45 gramas de maconha, não é compatível com a alegada destinação para consumo próprio, bem como as circunstâncias da apreensão demonstram que a mesma era destinada ao tráfico de drogas.*

*[...]*

Da leitura dos autos, infere-se que a Corte de origem, após percuciente reexame do delineamento fático e probatório coligido aos autos, concluiu pela existência de elementos suficientes para fundamentar o decreto condenatório, nos moldes dos arts. 33 da Lei de Drogas, asseverando que a *"quantidade apreendida é compatível com o tráfico, não mero consumo"* e que *"a droga foi localizada no interior da cavidade vaginal da acusada, o que evidencia que a mesma era destinada ao tráfico de drogas, sendo a ré sabedora da ilicitude de sua conduta, tanto que introduziu a substância na vagina a fim de escondê-la* (e-STJ fl. 153).

Desse modo, desconstituir o julgado, pela alegação de ausência de provas robustas para condenação, no intuito de abrigar o pleito defensivo de desclassificação da conduta delituosa para uso, não encontra espaço na via eleita, porquanto seria necessário a este Tribunal Superior aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, o que é incabível em sede de Recurso Especial, conforme já consolidado no Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. INOVAÇÃO INDEVIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Não se caracteriza a alegada ofensa ao princípio da colegialidade diante da existência de previsão legal e regimental para que o relator julgue, monocraticamente, o agravo em recurso especial quando constatar a situação descrita nos arts. 932, III, do Código de Processo Civil, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "a", do RISTJ, situação ocorrida nos autos. No caso, correta a decisão do Tribunal de origem que inadmitiu o recurso especial, porquanto para análise da tese é necessário o reexame da prova.*
>
> ***2. A Corte estadual concluiu pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do recorrente pelo crime de tráfico de drogas, o que torna inviável a desclassificação da conduta a ele imputada para o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, sem o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência que é incabível na via do recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.***
>
> *3. Os pedidos de aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e sursis humanitário não foram alegados nas razões do recurso especial. Configurada, assim, verdadeira inovação processual, inadmissível em agravo regimental.*
>
> *4. Agravo regimental não provido.*
>
> *(AgRg no AREsp 877.951/SP, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 05/09/2016)*
>
> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO ABSOLUTÓRIO.* ***DESCLASSIFICAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.***

> ***INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ.*** *REEXAME DE PROVAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA (26g DE CRACK). REVISÃO DA FRAÇÃO DE 1/2. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> ***1. Se o Tribunal a quo, com base na análise dos elementos fático-probatórios dos autos, entendeu configurada a autoria e a materialidade delitivas, afastar tal entendimento implicaria o reexame de provas, a incidir a Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.***
> *2. A Corte de origem aplicou o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/2, considerando a quantidade e a natureza da droga. Entender de forma diversa exigiria, necessariamente, incursão na matéria fático-probatória da lide, o que é defeso em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.*
> *3. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no AREsp 1094892/BA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 01/09/2017)*

No que tange à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, o Tribunal *a quo* teceu os seguintes fundamentos sobre a questão, a saber (e-STJ fl. 155):

> *[…]*
> *Na terceira fase, registro é aplicável a redutora prevista no art. 33, § da Lei nº 11.343/06, porque, conforme se vê na certidão da fl. 64, a ré é primária, não ostenta maus antecedentes e não há prova de que se dedica a atividades criminosas, razão pela qual aplico a redutora em metade, justificada a fração de redução, diante da quantidade de droga apreendida, como acima referido, sendo definitivada a pena privativa de liberdade em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.*
> *[…]*

Sabe-se que o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (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.

No caso em apreço, nota-se que as instâncias de origem aplicaram a minorante no patamar de 1/2 (um meio) sob o fundamento de que a quantidade de drogas era considerável .

No entanto, o que se observa na hipótese é que a quantidade do entorpecente apreendido **- *87,45 gramas de maconha* (e-STJ fl. 154) -** não se revela expressiva a ponto de justificar a aplicação do redutor aquém do patamar máximo.

Imperioso, portanto, reconhecer a manifesta ilegalidade nesse ponto, em razão da ausência de fundamentação a legitimar a fração adotada.

Dessa forma, levando-se em conta o volume de drogas apreendidas e, ainda, a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais, mostra-se adequada a aplicação da fração de 2/3 (dois terços), nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADO QUE NÃO POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *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. 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.*
>
> *3. 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.*
>
> *4. O fato de o paciente não ter comprovado ocupação lícita, por si só, não constitui elemento suficiente para afastar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedente.*
>
> ***5. Caso em que, não sendo expressiva a quantidade de droga apreendida - 40 porções de maconha (83,22g) e 34 de cocaína (9,84g) -, a míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente e considerando sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal (2/3). Precedentes.***
>
> *6. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as*

*circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.*
*7. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*
*8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo Execução.*
*(HC 488.235/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2019, DJe 09/04/2019)*

*HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PRISÃO DOMICILIAR. HC N.º 143.641/SP. INAPLICABILIDADE. REVOGAÇÃO DA LIMINAR CONCEDIDA PELA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MACONHA (40G), COCAÍNA (23G). ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*
*1. É inaplicável, na hipótese, o entendimento firmado pela Suprema Corte nos autos do HC n.º 143.641/SP, pois a condenação da Paciente já transitou em julgado. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e decisão proferida pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, em 24/10/2018, ao acompanhar o cumprimento da ordem concedida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Revogação da prisão domiciliar liminarmente concedida pela Presidência desta Corte.*
***2. Considerando que a Paciente preenche todos os requisitos necessários à aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, e tendo em vista a quantidade da droga apreendida - 23g de cocaína e 40g de maconha -, deve ser aplicado o redutor no seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), atendendo-se à proporcionalidade necessária e suficiente para a reprovação do crime.***
*3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.os 440/STJ e 718 e 719/STF.*
*4. Fixada a pena-base da Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a sua primariedade e a inexistência de fundamentação concreta para a fixação do regime diverso do legal, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso. Pelas mesmas razões e, tendo em vista a aplicação da minorante prevista no parágrafo 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo, mostra-se socialmente*

> *recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, sendo ilegal a negativa da substituição.*
> *5. Prisão domiciliar revogada em virtude do trânsito em julgado da condenação. Ordem de habeas corpus concedida para reduzir as penas para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixar o regime aberto como regime inicial para o cumprimento de pena e conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, que deverão ser escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais.*
> *(HC 486.419/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019)*

Procedendo-se à nova dosimetria, tem-se que a pena-base foi fixada em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Não há agravantes e atenuantes.

Na terceira fase, com a redução da sanção em razão da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na fração de 2/3 (dois terços), a reprimenda definitiva fica estabelecida em 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa.

Redimensionada a pena final para patamar inferior a 4 anos e, tendo em vista a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais, com a fixação da pena-base no mínimo legal, proporcional a mitigação do regime inicial para o aberto e a substituição da reprimenda corporal por duas penas restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, *c*, e 44, ambos do CP.

Nessa direção:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). APLICABILIDADE NA FRAÇÃO MÁXIMA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (3G DE CRACK). REDUÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 33 E ART. 44, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFICIO.*
> *[…]*
> ***3. Em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código Penal - CP), a pena-base ter sido mantida no mínimo legal, ter sido aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3, a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP) e a quantidade de droga apreendida não ter sido expressiva, o regime a ser imposto deve ser o aberto, de acordo com o disposto no art. 33, 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.***
> ***4. O art. 44 do Código Penal é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida***

***corporal por restritiva de direitos. Preenchidos os requisitos legais e sendo pequena a quantidade de drogas apreendidas, faz jus o paciente à referida benesse.***
*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, que se torna definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento 194 dias-multa, fixar o regime prisional aberto para o cumprimento de pena do paciente, bem como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções e revogar o acórdão quanto à execução provisória da pena.*
*(HC 483.235/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 02/04/2019)*

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*
*1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga - 38,1g de maconha -, legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, 2/3.*
*2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.*
***3. Situação concreta em que praticado o crime de tráfico de drogas com a pena final inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sendo possível a fixação do regime aberto, diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas e da quantidade de droga apreendida.***
***4. Pelas mesmas razões, e tendo em vista a aplicação da minorante prevista no parágrafo 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.***
*5. Ordem de habeas corpus concedida para confirmar a liminar e fixar o regime inicial aberto para o cumprimento de pena, bem como redimensionar as penas do Paciente em 1 (ano) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido, e conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.*
*(HC 471.171/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 19/02/2019)*

Por tais razões, **conheço do agravo e dou parcial provimento ao**

**recurso especial**, nos termos do art. 253, parágrafo único, II, *c*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **a fim de redimensionar a pena da agravante para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 166 dias-multa.**

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator