



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 787408 - RS (2022/0378428-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
 IMPETRANTE : SANDRO GUARAGNI
 ADVOGADO : SANDRO GUARAGNI - RS078594
 IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
 PACIENTE : CARLA ALVES DA ROSA
 CORRÉU : ETSON JOÃO LEAL DA SILVA
 INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE PELA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. QUANTIDADE NÃO EXCEPCIONAL DE DROGA. ILEGALIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PATAMAR DE REDUÇÃO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE EXPRESSIVIDADE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÁXIMO, DE 2/3 (DOIS TERÇOS). REGIME PRISIONAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de CARLA ALVES DA ROSA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na Apelação Criminal n. 5001977-63.2020.8.21.0071.

Consta nos autos que a Paciente foi condenada às penas de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, e 760 (setecentos e sessenta) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/2006, e no art. 329 do Código Penal. Foram apreendidos com a Paciente e com o corréu **10,44g de crack**.

A Defesa interpôs recurso de apelação, que foi parcialmente provido, para afastar a agravante da calamidade pública, estabelecendo as penas da Paciente em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 2 (dois) meses de detenção.

Foram opostos embargos de declaração, os quais foram parcialmente conhecidos, e, nessa parte, acolhidos, para suprir omissão, sem efeitos infringentes.

Após a interposição de recurso especial pela Paciente, e em juízo de retratação, o Tribunal estadual reapreciou a apelação com observância do Tema Repetitivo n. 1139,

oportunidade em que deu parcial provimento ao apelo, para reconhecer a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, estabelecendo as penas em 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 507 (quinhentos e sete) dias-multa. O acórdão foi assim ementado (fl. 104):

"APELAÇÃO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. DECISÃO ALTERADA.

O presente caso comporta juízo de retratação, haja vista a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo nº 1139: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06".

Considerando que a apelante não ostenta condenação criminal definitiva, e inexistindo outros elementos que indiquem que ela se dedicava à prática criminosa, aplica-se a redução da pena pela privilegiadora do artigo 33, §4º, da Lei de Tóxicos.

Apelo parcialmente desprovido."

Neste *writ*, o Impetrante alega que não houve fundamentação idônea para a exasperação da pena-base, bem como para a modulação da minorante do tráfico privilegiado.

Requer a fixação da pena-base no mínimo legal, a incidência do patamar máximo da causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, com a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Foram prestadas informações às fls. 41-107.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 111-116, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório. Decido.

Excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No caso, o Juízo sentenciante, mantido pelo Tribunal de origem, ao fixar a pena-base da Paciente destacou que, "*quanto à quantidade, embora não expressiva, considero a natureza da droga, crack, com alto potencial destrutivo entre os seus usuários*" (fl. 85).

Como se vê, a fixação da pena-base da Paciente acima do mínimo legal se deu em razão da natureza do entorpecente apreendido. No entanto, a quantidade de droga apreendida - **10,44g de crack** -, não tem o condão de demonstrar, por si só, maior reprovabilidade da conduta delituosa prevista no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em verdade, a natureza da droga apreendida, isoladamente considerada, não constitui fundamento suficiente para majorar a pena-base. As circunstâncias da natureza e quantidade de drogas, previstas no art. 42 da Lei n. 11.343/06 devem ser avaliadas proporcional e conjuntamente, conforme as peculiaridades do caso concreto.

Sobre o tema, confirmam-se:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. AUMENTO MANIFESTAMENTE DESPROPORCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora a quantidade e a natureza da substância entorpecente constituam circunstâncias preponderantes a serem consideradas na dosimetria da pena a teor do que estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e não obstante o crack seja, de fato, dotada de alto poder viciante, a quantidade de drogas apreendidas com o agravante não foi tão elevada, de maneira que se mostra manifestamente desproporcional sopesar, no caso ora analisado, apenas tais circunstâncias para justificar a exasperação da pena-base.

2. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC n. 669.398/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2021, DJe 28/10/2021, sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUMENTO DA PENA-BASE. LESIVIDADE DA DROGA. QUANTIDADE NÃO EXORBITANTE (84,74 G DE CRACK). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PENA REDIMENSIONADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA.

1. Não obstante a lesividade da droga, a referida quantidade de substância ilícita, apesar de relevante, não se mostra exorbitante a ponto de justificar o recrudescimento da pena-base. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC n. 676.140/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2022, DJe 27/06/2022.)

É importante salientar que a natureza e a quantidade da droga são elementos que integram um vetor judicial único, **não sendo possível cindir a sua análise**. Somente quando examinadas em conjunto será possível ao julgador compreender adequadamente a gravidade concreta do fato e proceder à devida individualização da pena, que é o objetivo almejado pelo legislador com as disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Sobre o tema, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. PRESENTE SITUAÇÃO APTA A EXCEPCIONAR ESSE ENTENDIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VETOR ÚNICO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE DA DROGA NA PRIMEIRA FASE E DA NATUREZA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA.

1. Inadmissível o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, ressalvado, nesta última hipótese, serem os fatos incontroversos e presente situação excepcional de flagrante ilegalidade ou teratologia que autorize a concessão da ordem de ofício (HC 139.741/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 12.4.2019, v.g.).

2. *A natureza e a quantidade da droga devem ser analisadas conjuntamente, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006.*

3. *Inadmissível considerar separadamente, em fases distintas da dosimetria da pena, a natureza e a quantidade, por constituírem circunstância judicial única, portanto, incidível, pois somente quando avaliadas em conjunto - natureza e quantidade - será possível exercer juízo valorativo adequado e atingir os fins almejados pelo legislador.*

4. *Detectada a ocorrência de bis in idem por terem as instâncias anteriores valorado negativamente a quantidade da droga na primeira fase e a sua natureza na terceira fase da dosimetria.*

5. *A jurisprudência dominante desta Suprema Corte é no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena. Precedentes.*

6. *Agravo regimental conhecido e não provido.*" (AgRg no RHC 169343, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe-125, 25/06/2021, sem grifos no original.)

Assim, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal.

De outra parte, observo que o Tribunal de origem aplicou a causa de diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar de 1/3 (um terço), nos seguintes termos (fls. 101-102; sem grifos no original):

"Já que a natureza nociva da droga foi utilizada para aumentar a pena-base (cinco anos e seis meses de reclusão), considero a quantidade do entorpecente, que embora não seja expressiva, não é ínfima (10,44g de crack) para aplicar referida redutora no patamar de um terço. Essa pena (três anos e oito meses) é aumentada em um sexto diante da majorante do artigo 40, III, restando definitivamente fixada em quatro anos, três meses e dez dias de reclusão. O regime vai mantido no semiaberto, e a multa passa para quinhentos e sete dias-multa."

Cumprе ressaltar que a **Terceira Seção** do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do **HC n. 725.534/SP**, de relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, **reafirmou** o entendimento exposto no REsp n. 1.887.511/SP, no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida **não permitem, por si sós, afastar** a aplicação do redutor especial.

Todavia, foi ressalvada a **possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006**, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

Confira-se, *in verbis*, a ementa do mencionado *leading case*:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (em 9/6/2021), fixou as seguintes diretrizes para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

3 - podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. (grifos no original).

3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas - p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg - por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

4. **Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria.**

5. No julgamento do ARE 666.334/AM, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF, em análise da matéria reconhecida como de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência de que 'as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena'. O resultado do julgado foi assim proclamado:

Tese As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

Tema 712 - Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

6. **Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.**

7. Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643

AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021).

8. Hipótese em que o Juiz de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que a expressiva quantidade de droga apreendida (147 quilos de maconha) não qualificaria o réu como pequeno e iniciante no comércio ilícito de entorpecentes. Contudo, o STF tem posicionamento firme de que '**A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006**' (RHC 138117 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 6/4/2021).

9. Assim, verificado o atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/6, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343.2006 (expressiva quantidade de droga apreendida - 147 quilos de maconha).

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 486 dias-multa." (HC n. 725.534/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2022, DJe 1.º/06/2022; sem grifos no original.)

Não obstante, no caso em análise, a quantidade da substância ilícita apreendida em poder da Paciente - **10,44g de crack** - não demonstra reprovabilidade superior àquela inerente ao delito de tráfico de drogas e, portanto, **não justifica qualquer modulação da minorante**, de modo que o redutor deve incidir no grau máximo, 2/3 (dois terços), pois não foram indicadas outras circunstâncias aptas a ensejar a fixação de outra fração.

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*:

"**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. REDUTOR PELA FRAÇÃO MÁXIMA.**

1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.887.511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, firmou a orientação de que a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si só, o afastamento da minorante do tráfico privilegiado, tampouco a modulação da fração de diminuição.

2. Alguns julgados, posteriores ao REsp 1.887.511/SP, têm admitido que o redutor máximo de 2/3 não se aplique aos casos nos quais seja expressiva a quantidade da droga apreendida, hipótese que aqui não se apresenta, por tratar-se de 540g de maconha e 33g de crack.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp n. 1.959.836/SC, relator Ministro OLINDO MENEZES - Desembargador Convocado do TRF 1ª Região -, Sexta Turma, julgado em 08/02/2022, DJe 15/02/2022; sem grifos no original.)

Fixadas essas premissas, passo a redimensionar as penas da Paciente quanto ao crime de tráfico de drogas.

Na primeira fase, fixo a pena-base no mínimo legal: 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda etapa da dosimetria, não há agravantes ou atenuantes, permanecendo a pena inalterada.

Na terceira fase, incide a causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, de forma que a pena é aumentada em 1/6 (um sexto), ficando em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Nos termos acima expostos, aplico a

causa especial de diminuição de pena no patamar de 2/3 (dois terços), de forma que a pena vai a 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa.

Concurso material

Em razão do concurso material com o crime do art. 329 do Código Penal, **fica estabelecida a reprimenda definitiva da Paciente em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 2 (dois) meses de detenção e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no mínimo legal.**

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, considerando as circunstâncias apreciadas na formulação da nova dosimetria, tendo sido estabelecida pena reclusiva inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o regime inicial de cumprimento de pena adequado é o aberto, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Com igual conclusão:

"[...]

7. Tendo em vista que o paciente foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, era tecnicamente primário ao tempo do delito, possuidor de bons antecedentes, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal e foi beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devida a imposição do regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º, do Código Penal, com observância também ao preconizado pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

8. Ordem concedida, para: a) afastar a conclusão de que o paciente possui maus antecedentes; b) reduzir a sua pena-base ao mínimo legal; c) reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, aplicá-la no patamar máximo de 2/3 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa; d) fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena." (HC 567.164/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 19/10/2020; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DE 1/4. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA. DESPROPORCIONALIDADE. OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE. REDIMENSIONAMENTO. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

"[...]

3. Em se tratando de paciente tecnicamente primário, condenado à pena reclusiva inferior a 4 anos, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser fixado regime aberto e determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixados pelo Juízo da execução.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 584.095/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 16/09/2020; sem grifos no original.)

Cumpre, ainda, consignar que a Suprema Corte, nos autos do HC n. 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e, também, no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, resultando na edição da Resolução n. 05/2012 do Senado, na qual foi suspensa a

execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006.

A partir de tal orientação, e, diante da fundamentação já utilizada para fixar o regime inicial aberto, não se justifica o indeferimento do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DE ENTORPECENTES QUE NÃO JUSTIFICAM O AUMENTO DA PENA-BASE. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

*3. Considerando a sanção definitiva estabilizada em 1 ano e 8 meses de reclusão; a pena-base fixada no mínimo legal; a primariedade da paciente; e a ausência de elementos concretos indicados pelos magistrados estaduais que justificassem a execução mais severa da reprimenda, de rigor a **fixação do regime inicial aberto e o deferimento do pedido de substituição da pena privativa de liberdade.***

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 574.551/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 09/06/2020; sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para, reformando o acórdão impugnado, reduzir as penas do Paciente para **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 2 (dois) meses de detenção e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa** e, por conseguinte, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de origem e ao Juízo de primeira instância, comunicando-lhes o inteiro teor da presente decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 16 de setembro de 2023.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora