HABEAS CORPUS Nº 497.438 - SP (2019/0066892-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	FABIO ROGERIO DONADON COSTA
ADVOGADO	:	FABIO ROGERIO DONADON COSTA - SP338153
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FAUES MARQUES CLABOND (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de **FAUES MARQUES CLABOND** em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em razão da prática do crime de tráfico de drogas, à pena fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, além de 500 (quinhentos) dias-multa.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, cujo provimento foi negado pelo eg. Tribunal de origem, nos termos do v. acórdão de fls. 35-45, sem ementa.

Aduz a defesa, no presente **habeas corpus**, em síntese, que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que faz jus ao privilégio, em grau máximo, contido no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, por força dos princípios constitucionais da individualização da pena e da igualdade material.

Sustenta que o paciente não pertence a nenhuma organização criminosa e que não possui nenhuma condenação com trânsito em julgado.

Argumenta que a decisão **a quo** padece de fundamentação, já que a causa de diminuição de pena constitui direito subjetivo do paciente e o seu afastamento, no caso concreto, se deu apenas com amparo na natureza do delito, em violação ao princípio da estrita legalidade.

Assim, no caso de reconhecimento da redutora, pleiteia, em decorrência, a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas

de direitos, pois, segundo a Defesa: "*se encontram presentes os demais requisitos previstos no artigo em apreço, portanto: (1) o crime praticado não se deu com forma violenta ou mediante grave ameaça à pessoa; (2) o paciente não é reincidente e (3) os motivos e as circunstâncias que se deram no delito permitem essa substituição, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo as condições judicias, como visto, absolutamente favoráveis."* (fl. 18).

Requer, inclusive LIMINARMENTE, a imediata incidência da causa de diminuição apontada, assim como a consequente fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritivas de direitos, colocando-se o paciente em liberdade. No mérito, a confirmação da liminar, com a concessão da ordem definitiva.

Pedido liminar indeferido, às fls. 49-51.

Informações, às fls. 55-62 e 64-80.

À fl. 61, foi informado que **o paciente se encontra preso**: *"Através do Habeas Corpus nº 77331/SP da 5ª Turma do STJ foi decidido, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso ordinário, e, nesta extensão, dar provimento ao recurso para revogar a prisão preventiva de Faues Marques Clabond. Expedido alvará de soltura em 23/02/2017 e cumprido em 24/02/2017. Por v. Acórdão datado de 27/02/2018 foi negado provimento aos recursos, mantendo-se a r. Sentença proferida,* ***determinando a expedição de mandado de prisão. Mandado de prisão cumprido em 06/03/2018. Guia de recolhimento expedida em 28/03/2018****"* (grifei).

O d. Ministério Público Federal, às fls. 82-83, oficiou pela concessão da ordem, em seu parecer assim ementado:

> *"PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. POSSIBILIDADE, EM FACE DAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE EM DISPOSITIVO INCONSTITUCIONAL (ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.*
>
> *- Pela concessão da ordem para que seja reconhecido o tráfico na modalidade privilegiada, com a*

aplicação da causa de diminuição de pena em seu patamar máximo de 2/3, fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos."

É o relatório. **Decido.**

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

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Assim, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado de ofício.

Para melhor delimitar a controvérsia, transcrevo os seguintes excertos da sentença do d. Juízo de 1º Grau (fls. 25-34) e do v. acórdão vergastado (fls. 35-45), **na ordem**:

"Passo a dosar a pena em observância ao artigo 68, caput, do Código Penal em análise das diretrizes traçadas pelo artigo 59 Código Penal e pelo artigo. 42 da Lei 11.343/06.

Na primeira fase da dosimetria penal, analiso as circunstâncias judiciais do artigo 42 da Lei 11.343/06 e artigo 59 do Código Penal: ***culpabilidade (dolo inerente ao tipo, sem considerações que possam aumentar significativamente a reprovabilidade da conduta); antecedentes (o acusado é primário); conduta social (nada a considerar); personalidade (nada a considerar); motivos do crime (inerentes à espécie); circunstâncias do crime (normais); consequências do crime (inerentes à espécie); comportamento da vítima (nada a considerar).***

Assim, fixo a pena base no mínimo legal, qual seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em seu valor

mínimo legal, por não haver, nos autos, provas reveladoras de uma maior capacidade econômica por parte do réu.

Na segunda fase da dosimetria da pena, não concorrem agravantes.

Todavia, verifico a presença da atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal, haja vista que o réu era menor de 21 anos na data do fato, porém, deixo de aplicá-la uma vez que a pena já fora fixada no mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, não estão presentes causas de aumento ou de diminuição da pena, permanecendo esta no patamar mínimo fixado na primeira fase.

Não se aplica a diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, haja vista que o acusado estava fazendo do tráfico seu meio de vida. Não há informações de que estivesse trabalhando em emprego fixo e, pelo que relataram os policiais, especialmente o José Maria Machado da Rocha, o acusado estava se dedicando ao tráfico há alguns dias (por informações obtidas pelo miliciano, que, saliente-se, conhece a família do réu e tem apreço pelos pais deste), tendo inclusive vendido drogas, no dia dos fatos, pelo valor de R$ 50,00.

No que tange à pena de multa, cumpre estabelecer que não se vislumbra a sua inconstitucionalidade, pois ela é proporcional ao delito. Ressalte-se que o legislador infraconstitucional recrudesceu tanto a pena privativa de liberdade quanto a de multa por entender que o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, equiparado ao crime hediondo, merece ser punido de maneira mais rigorosa, porque ataca diretamente a saúde pública. Não se olvide que o traficante, seja ele de que categoria for, com o comércio das substâncias entorpecentes, aufere lucros, muitas vezes assombrosos.

Afinal, ele vive do comércio ilícito e não tem que arcar com o pagamento de tributos.

Ingenuidade supor que não se trata de atividade rentável, pois do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes participam verdadeiras organizações criminosas, que atuam em forma de pirâmide, na qual traficantes como a ré operam na base, revendendo a droga ao consumidor final. Deste modo, o traficante não pode ser apenado como os demais criminosos. À vista disso, a pena de multa é aplicada também em escala, que vai do mínimo ao máximo cominado em lei.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o fechado, ex vi do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Inviável a substituição por pena restritiva de direitos, pois o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 estabelece que a reprimenda por crime de tráfico de drogas deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, seja porque o art. 5º, XLIII, da CF/88, estabelece que a lei deverá dispensar tratamento mais gravoso ao crime em questão, destacando também a importância da repressão a esse delito no art. 5º, inc. LI. Frise-se que a Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que as hipóteses excludentes do regime de substituição de penas, contempladas no art. 44 do Código Penal, tem como

suporte unicamente o critério do legislador ordinário; já a inconversibilidade das penas quando a condenação decorre do tráfico ilícito de entorpecentes têm por si a vontade do constituinte, que em dois momentos destacou a importância da repressão a esse crime, no art. 5º, XLIII e LI, da CF (Arguição de Inconstitucionalidade/HC 120.353, Corte Especial, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, DJe: 18.12.2009).

Por fim, o crime de tráfico de entorpecentes, além de ser equiparado a hediondo e ser a principal causa de inúmeros outros delitos patrimoniais, gera efeitos nefastos para a sociedade e para as famílias de bem. Assim, a concessão dos citados benefícios, além de ser, no meu entender, incompatível com a sua gravidade, não se mostraria suficiente para a prevenção ou reprovação do delito (art. 59 do Código Penal), gerando ofensa ao disposto no art. 44, inc. III, do CP, e verdadeira sensação de impunidade a esta pequena cidade do interior." (grifei)

"O apelante Faues, em suas razões de recurso, requer absolvição, pela fragilidade da prova contra ele produzida. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação do delito de tráfico para o crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Na hipótese de superação desta tese, almeja o reconhecimento da causa de isenção de pena prevista no art. 45 da Lei de Drogas. ***Caso mantida a condenação por tráfico, pleiteia o reconhecimento e aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos****. Por fim, prequestiona a matéria abordada em suas razões recursais.*

[...] ***De rigor, portanto, a manutenção da condenação do apelante pelo crime de tráfico de entorpecentes, não havendo que se falar na aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.*** *Não apenas pelas já delimitadas circunstâncias em que foi o apelante abordado e detido pelos policiais, mas atento ao fato de que, com base na prova oral,* ***encontrava-se ele desempregado desde, no mínimo, o mês de janeiro de 2016, ou seja, cerca de dois meses antes dos fatos, o que é respaldado pelas informações sobre sua vida pregressa (fls. 68), denota-se que, ao tempo da ocorrência, fazia do tráfico de drogas seu meio de vida, dedicando-se, assim, à atividade criminosa, o que também encontra guarida nas assertivas do policial José Maria no sentido de que, anteriormente aos fatos, já havia notícias de que o apelante atuava na comercialização de drogas****."* (grifei)

Na análise do caso concreto, acerca do privilégio do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, colaciono trecho do parecer do d. Ministério Público Federal (fls. 82-83):

"Ocorre que as circunstâncias dos autos, embora não autorizassem concluir que o paciente possuía a droga apenas para consumo,

conforme afirmara em seu recurso de apelação, ***não revelam que fazia do tráfico seu meio de vida****. Pelo que se infere dos autos, sobretudo pela* ***ínfima quantidade de entorpecentes (pouco mais de 15 gramas de cocaína)****, não se pode concluir que o paciente,* ***primário****, se dedicava a atividades criminosas ou integrava organização criminosa. Nem mesmo a circunstância de encontrar-se desempregado e o depoimento de um dos policiais de que o acusado estava se dedicando ao tráfico há alguns dias (fls. 32) permitem tal conclusão. Daí, para que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo de 2/3.*

Com efeito, impõe-se seja fixado o regime inicial aberto, até porque o fechado foi fixado, conforme se verifica às fls. 32, com base no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, cuja inconstitucionalidade já foi reconhecida pelos tribunais superiores.

Por fim, se reconhecido o tráfico na modalidade privilegiada, com o abrandamento do regime prisional, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por penas restritivas de direitos, uma vez que tal benefício foi negado em razão do regime inicial fechado, ainda conforme se vê às fls. 32.

Daí, pela concessão da ordem para que seja reconhecido o tráfico na modalidade privilegiada, com a aplicação da causa de diminuição de pena em seu patamar máximo de 2/3, fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos."

Da redação do mencionado § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, apreende-se: *"§ 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".*

Em atenção aos requisitos acima expostos, verifica-se que, **in casu**, o paciente era primário e não ostentava maus antecedentes, **verbis**, a sentença: "*culpabilidade (dolo inerente ao tipo, sem considerações que possam aumentar significativamente a reprovabilidade da conduta); antecedentes (o acusado é primário); conduta social (nada a considerar); personalidade (nada a considerar); motivos do crime (inerentes à espécie); circunstâncias do crime (normais); consequências do crime (inerentes à espécie); comportamento da vítima (nada a considerar)".*

Quanto às circunstâncias de não se dedicar às atividades

criminosas e não integrar organização criminosa, tanto a sentença quanto o v. acórdão guerreado levaram em consideração o fato de que o paciente se encontrava desempregado há meses e de que os policiais o viram praticando tráfico de drogas por alguns dias antes da prisão.

No que tange à quantidade e natureza da droga, 15g de cocaína, embora o paciente tenha sido preso na posse de entorpecente de natureza extremamente deletéria, a sua quantidade não pode ser considerada expressiva ao ponto de afastar o privilégio aqui pleiteado, ao passo que também não pode ser considerada ínfima.

Em situações semelhantes, esta eg. **Quinta Turma** entendeu pela aplicação do privilégio no tráfico de drogas.

Exemplificativamente:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. ANTERIOR TRANSAÇÃO PENAL PELO CRIME DE USO DE DROGAS E QUANTIDADE DE DROGAS, QUE NÃO É TÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. RESTABELECIMENTO DO REDUTOR. FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA. RAZOÁVEL QUANTIDADE E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DE PARTE DOS ENTORPECENTES. PENA DA SENTENÇA RESTABELECIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS E PRIMARIEDADE. RAZOÁVEL QUANTIDADE E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DE PARTE DAS DROGAS APREENDIDAS. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, III, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.*
>
> *2. A incidência da minorante prevista no § 4º do art.*

33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. Hipótese em que ***a Corte local afastou a minorante com base em fundamentos inidôneos, quais sejam, o anterior processamento do paciente pelo crime de uso de drogas, no qual foi aplicado o benefício da transação penal, além da quantidade e natureza das drogas apreendidas, que não é excessiva para justificar, de forma isolada, que o agente integra organização criminosa ou se dedica ao tráfico de forma habitual***

3. A quantidade e a natureza dos entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes. No caso, o paciente faz jus ao restabelecimento da minorante, na fração de 1/2 prevista na sentença, tendo em vista a quantidade e a natureza especialmente deletéria de parte das drogas apreendidas.

4. Em consequência do redimensionamento da pena do paciente, que é primário, para patamar que não excede 4 anos de reclusão e, por outro lado, sopesado o desvalor da razoável quantidade e natureza especialmente deletéria de parte das drogas apreendias, que ensejou a aplicação da minorante em fração intermediária, incumbe restabelecer o regime inicial semiaberto aplicado na sentença, na esteira do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal c/c o 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

5. Embora a pena do paciente tenha sido redimensionada para 2 anos e 6 meses de reclusão, a razoável quantidade e a nocividade de parte dos entorpecentes apreendidos não recomendam a substituição, nos termos do inciso III do art. 44 do CP.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para de ofício, para restabelecer a pena e o regime prisional fixados na sentença."

(HC 478.823/SP, **Quinta Turma,** Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 14/02/2019, grifei)

No mesmo sentido, a eg. **Sexta Turma** desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO AFASTADA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DE DROGAS NÃO RELEVANTE. NÃO COMPROVADA ATIVIDADE LÍCITA. FUNDAMENTOS

INSUFICIENTES. PRIVILÉGIO RECONHECIDO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO.

1. Muito embora o acórdão combatido, com o objetivo de afastar a aplicação da benesse, tenha apontado fundamento concreto consubstanciado na quantidade e natureza da droga apreendida, extrai-se dos autos que o total de drogas apreendidas é de 8,5 gramas de cocaína e 76,1 gramas de maconha.

2. Não obstante a natureza danosa da maioria dos estupefacientes, entende esta Corte Superior que a quantidade não relevante e a ***ausência de circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.), desautoriza a exasperação da pena-base, a vedação à minorante do tráfico, o agravamento do regime prisional ou a negativa à substituição das penas.***

3. A falta de comprovação de ocupação lícita associada à quantidade não relevante da droga apreendida não são suficientes para inferir sua dedicação a atividades criminosas.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 468.919/SP, **Sexta Turma,** Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 18/02/2019, grifei)

Portanto, **seguindo o entendimento desta eg. Corte Superior**, assim como **a)** levando em consideração o depoimento dos policiais de que o paciente, embora não tenha provas de que integrasse organização criminosa, vinha realizando a venda de entorpecentes na localidade, e **b)** a natureza da droga apreendida, de extremo potencial deletério, tenho que a minorante deve ser aplicada em patamar intermediário: 1/2 (metade).

Diante disso, **reduzo a pena privativa de liberdade para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**. Por conseguinte, também **a pena de multa para 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.**

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07 -, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo apenas.

Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal. Esse também é entendimento perfilhado por esta Corte, **in verbis:**

> *"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS ABSTRATAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRIVILÉGIO. PATAMAR MÁXIMO. CABIMENTO. REGIME INICIAL. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AO NOVO QUANTUM DA PENA. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] VI - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.*
>
> *VII - Considerando a primariedade do paciente e o quantum de pena estabelecido, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento da pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.*
>
> *[...] Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/06 no seu patamar máximo, reduzindo a pena imposta para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 194 dias-multa, bem como fixar o regime prisional aberto, para o início e cumprimento da pena"* (HC n. 468.447/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 12/12/2018).

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.*

QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TER JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO FOI A ÚNICA RAZÃO A IMPEDIR O RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. REGIME INICIAL FECHADO. MANUTENÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...] - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime inicial semiaberto, o Tribunal consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade e variedade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal, o que está em consonância com a jurisprudência desta Corte e com o disposto no art. 42, da Lei n.º 11.343/2006.

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 481.232/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 13/12/2018).

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. 7G DE CRACK. REGIME INICIAL FECHADO. NÃO OBRIGATORIEDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N.º 8.072/1990. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE ABSTRATA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR

PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado nos crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena nestes delitos, 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.

3. Não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis e diante da pequena quantidade de droga - 7g de crack - não há motivo para a fixação de regime prisional inicial mais gravoso que o devido em razão da pena imposta.

4. Preenchidos os requisitos legais, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos no crime de tráfico privilegiado.

5. Ordem concedida para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juízo das Execuções Penais" (HC n. 474.531/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min.ª **Laurita Vaz**, DJe de 22/11/2018).

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA. VEDAÇÃO LEGAL CONTIDA NO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90, NA REDAÇÃO DADA PELO LEI N. 11.464/2007. INCONSTITUCIONALIDADE. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE DROGA APREENDIDA. PEQUENA QUANTIA EM DINHEIRO ENCONTRADA EM PODER DO RÉU. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUE EXTRAPOLE AS ELEMENTARES DO TIPO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Embora possa haver nos autos elementos concretos que justifiquem a imposição de regime mais gravoso, sabe-se que para cada uma das fases de dosimetria das penas, bem como para a fixação do regime prisional, a fundamentação deverá ser vinculada aos motivos declinados pelo julgador.

2. Declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação do regime inicial deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/06, aos condenados por tráfico de

drogas.

3. A natureza especialmente gravosa da droga só será considerada elemento apto ao recrudescimento do regime prisional quando associada a uma relevante quantidade de entorpecente apreendido, pois, do contrário, se estará promovendo o asseveramento do regime prisional, com fulcro em circunstâncias elementares do próprio tipo penal, o que não se admite, sob pena de bis in idem. O mesmo raciocínio é aplicável à apreensão de pequenas quantias em dinheiro.

4. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 464.955/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 7/11/2018).

In casu, com amparo no art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, **fixo o regime inicial aberto** para o início do cumprimento da reprimenda.

Por derradeiro, cumpre notar que o col. STF, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5, de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

Na espécie, considerando a quantidade da reprimenda imposta, a ausência de violência ou grave ameaça à pessoa e a primariedade do agente, que detém circunstâncias judiciais favoráveis, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (art. 44, § 2º, do Código Penal), a serem fixadas pelo d. Juízo da Execução.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus**. **Concedo a ordem, de ofício**, para reformar parcialmente as r. decisões **a quo** e reduzir a pena definitiva a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, assim como ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo d. Juízo da Execução. No mais, mantenho íntegros os termos da r. sentença e do v. acórdão.

Em virtude disso e da informação à fl. 61 (paciente preso), **expeça-se o respectivo alvará de soltura**, devendo-se aguardar o trânsito em julgado da condenação para o início do cumprimento definitivo das penas restritivas de direitos, assim como da multa, de acordo com os precedentes desta eg. Corte Superior.

P. I.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator