AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.451.832 - SP (2019/0051297-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	ADRIANO ROBERTO DE SOUZA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu o recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), e condenado às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 166 dias-multa (tráfico privilegiado), substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos, conforme a sentença (fls. 120-125).

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, conforme a seguinte ementa:

> *APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - Pleito de absolvição - Impossibilidade - Materialidade, autoria e destinação dos entorpecentes suficientemente comprovadas - Palavra dos policiais às quais se confere relevo probatório - Condenação mantida - Pena bem o o dosada - Multa não padece de inconstitucionalidade- Regime fechado único adequado ao caso - Aplicação do art. 387, §2.° que compete ao Juízo da Execução- Manutenção da substituição da pena - Manutenção integral da sentença. Recurso desprovido* (fl. 167).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 198-203).

Na sequência, a defesa interpôs o recurso especial, no qual alega violação do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

Sustenta, em síntese, que o tráfico privilegiado não é crime hediondo, sendo incabível a fixação do regime mais gravoso com fundamento na gravidade abstrata do delito, considerando a insignificante quantidade de entorpecentes.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista a incidência

das Súmulas n. 284/STF e n. 7 desta Corte.

Contraminuta às fls. 265-268. O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso (fls. 284-285).

É o relatório. Decido.

A irresignação merece prosperar.

Quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Por outro lado, esta Corte Superior, por ocasião do julgamento da Pet n. 11.796/DF, de relatoria da em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, afetado ao rito dos recursos repetitivos, consignou o entendimento de que o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 29/11/2016).

Sedimentou-se também, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, aplicada a causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu patamar máximo e fixada a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, diante da quantidade não expressiva de droga apreendida (2,3g de *crack* e 35,5g de maconha - 28 porções), da primariedade do recorrente, ausência de circunstâncias desfavoráveis e da pena-base no mínimo legal, entendo que o réu faz jus ao regime aberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, *c*, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Corte de Justiça. A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.

ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGAS . PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º, DO ART. 33, DA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REQUISITOS PREENCHIDOS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO DE 3/5 (TRÊS QUINTOS). FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida quantidade não exacerbada de droga (15,9g de cocaína e 134,5g de maconha), legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006), uma vez que a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias para afastar a sua incidência é abstrata e genérica, bem como exigiu a presença de requisitos não previstos em lei como, por exemplo, a frequência escolar ou o exercício de atividade remunerada lícita.

2. Inviável o estabelecimento da fração máxima diante da variedade e natureza das drogas apreendidas, mas mostra-se suficiente a aplicação da fração intermediária de 3/5 (três quintos).

3. 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.

*4. **Situação concreta em que, embora praticado o crime de tráfico de drogas em concurso material com o de corrupção ativa, a pena final total é de 4 (quatro) anos de reclusão, sendo possível a fixação do regime aberto, diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas e da quantidade de drogas apreendidas.***

5. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para reduzir a pena do Paciente, quanto ao crime de tráfico de drogas, para 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 200 (duzentos) dias-multa no mínimo legal, devendo o juiz da execução verificar a presença dos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC 460.852/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 12/12/2018).

Diante do exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou provimento ao recurso para fixar o regime inicial aberto, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
Relator