

HABEAS CORPUS Nº 528.544 - SP (2019/0248570-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : WESLEY WASHINGTON GONZAGA
ADVOGADO : WESLEY WASHINGTON GONZAGA - SP426168
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON LAERCIO FIRMINO DA SILVA (PRESO)
OUTRO NOME : EDSON LAERCIO FRANCISCO DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 3/10) com pedido liminar impetrado em benefício de EDSON LAÉRCIO FRANCISCO DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0005008-16.1996.8.26.0028 - fls. 12/16).

Depreende-se dos autos que o juiz singular condenou o ora paciente como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (correspondente ao artigo 12 c.c. art. 18, ambos da Lei n. 6.368/1976), à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo cada dia-multa (fls. 17/20).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, na Corte estadual, que negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado: "*Apelação - Tráfico de entorpecentes - Insuficiência de provas - Não ocorrência - Sentença mantida - Recurso não provido*". (fl. 14).

No presente *mandamus*, o impetrante ressalta que, ao aplicar a pena do paciente, o juízo *a quo* reconheceu que a conduta praticada à época dos fatos, atualmente, encontra-se tipificada no art. 33, da Lei n. 11.343/2006. Entretanto, deixou de observar a inconstitucionalidade da aplicação da lei nova, visto que tal lei é mais grave, cominando uma pena mínima de 5 anos, diferente da lei vigente na época dos fatos, que cominava uma pena mínima de 3 anos de reclusão.

Ao final, requer, em caráter liminar, seja o paciente posto em liberdade. No mérito, pede seja reformada a decisão da origem, para diminuir a pena aplicada e fixar o regime aberto.

A liminar foi indeferida, às fls. 27/28.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ordem (fls. 72/75).

É o relatório.

Decido.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

No presente *mandamus* (fls. 3/10), o impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois a Corte local aplicou a nova lei de drogas (Lei n. 11.343/2006) em detrimento da norma vigente à época dos fatos, que é mais benéfica ao paciente, por prever como pena-base 3 anos de reclusão, patamar inferior aos 5 anos indicados na legislação atual. Aponta, assim, ter ocorrido *novatio legis in pejus*.

Uma vez reduzida a pena aplicada, sustenta ser possível a fixação de regime inicial aberto.

A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

As instâncias ordinárias procederam à dosimetria da pena do paciente nos seguintes termos:

"Preliminarmente, anoto que a conduta descrita pelo art. 12 c.c.

Superior Tribunal de Justiça

art. 18, da Lei .6368/1976, atualmente, encontra-se tipificada no art. 33, da Lei n. 11.343/2006.

[...]

Estabelecida a responsabilidade penal do acusado, passa-se a dosar a pena.

Verifico que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, bem como as condições do artigo 42 da Lei 11.343/2006 não são favoráveis ao acusado em razão da quantidade das drogas apreendidas, o que orienta maior rigor da lei.

Assim, fixa-se a pena-base 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, resultando 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Não há agravantes e nem atenuantes.

Não há causas de aumento ou de diminuição.

Inaplicável a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ante a grande quantidade de entorpecente.

O valor unitário do dia-multa fixo em 1/30 do salário mínimo.

Considerando a natureza grave do delito e as circunstâncias judiciais acima, fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Ante o exposto e o mais que dos autos consta, julgo PROCEDENTE o pedido acusatório e CONDENO o réu EDSON LAÉRCIO FRANCISCO DA SILVA como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (correspondente ao artigo 12 c.c. art. 18, ambos da Lei n.º 6.368/1976), às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão que deve cumprir em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo cada dia-multa." (fls. 18/20).

"A dosimetria na aplicação da pena está correta e devidamente fundamentada. A pena foi majorada por força da gravidade do delito e da quantidade da substância apreendida. Não houve motivo para aumento ou diminuição da pena, além do que o regime fechado para o seu cumprimento é, efetivamente, o adequado dadas as circunstâncias." (fls. 15/16).

Esta Corte Superior de Justiça, no julgamento, pela Terceira Seção, do EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, firmou entendimento no sentido de ser possível, em tese, aplicar, por inteiro, a nova lei de drogas, ou seja, a Lei n. 11.343/2006, a fatos ocorridos na vigência

da lei antiga (Lei n. 6.368/1976), dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição trazida à lume no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfico, dependendo do caso concreto.

A matéria, inclusive, encontra-se consolidada no enunciado 501 da Súmula desta Corte, que dispõe: "*[é] cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis*".

Impõe-se a verificação concreta de qual dos dois diplomas legais, aplicado integralmente, é mais benéfico ao apenado.

Pois bem.

A exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça. Precedentes: AgRg no HC n. 355.362/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1/8/2016; HC n. 332.155/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 3/5/2016, DJe 10/5/2016; HC n. 251.417/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 3/11/2015, DJe 19/11/2015; HC n. 234.428/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 1/4/2014, DJe 10/4/2014.

Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juiz, ao fixar a pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente,

consoante o disposto no artigo 42, da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

"Art. 42. 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".

Na hipótese, a pena-base do paciente foi exasperada em 1/6 sobre o mínimo legal. O incremento punitivo foi motivado com base na expressiva quantidade do material entorpecente apreendido – 1.373,92 g de maconha (fl. 17) –, fundamentação idônea que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42, da Lei n. 11.343/2006, e à jurisprudência pacificada desta Corte Superior.

Vejam-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A MÚLTIPLA REINCIDÊNCIA E A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

– A quantidade, natureza e diversidade dos entorpecentes apreendidos constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.

– A fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamentos a grande quantidade de droga apreendida – 19,7 quilogramas de maconha – a qual se apresenta proporcional e adequada ao caso. Precedentes.

[...]

– Habeas corpus não conhecido. (HC n. 432.731/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 7/5/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE

ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE.
DESPROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA. DECISÃO
MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. Não se demonstra excessiva, desarrazoada ou ilegal a exasperação da pena-base em 2 anos pela valoração da vetorial negativa da grande quantidade de drogas apreendidas, aplicada dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

[...]

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 400.214/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 6/3/2018, DJe 14/3/2018)

Por sua vez, cabe observar que, nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.

E, no caso, não sobeja fundamento idôneo para a não aplicação da redutora do tráfico privilegiado, porquanto, a quantidade da droga apreendida foi indevidamente utilizada para justificar tanto a exasperação da pena-base, quanto o afastamento da causa de diminuição do tráfico privilegiado, em evidente *bis in idem*.

Em verdade, consoante a remansosa jurisprudência dessa Corte de Justiça, a quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes apreendidos podem ser sopesadas tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo dosimétrico, mas não, de modo simultâneo, em ambas, em autêntico *bis in idem*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) APLICADA NA FRAÇÃO MÍNIMA. MESMOS FUNDAMENTOS. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A utilização concomitante da quantidade e natureza de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase da dosimetria) e para modular a fração da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase da dosimetria) configura bis in idem. In casu, a pena-base foi exacerbada em 1/5 em razão da natureza e quantidade de drogas apreendidas, sendo que na terceira fase, a Corte estadual reduziu para 1/6 a fração da causa redutora de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) pelos mesmos fundamentos. Trata-se da hipótese discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multas, fixando o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento de pena. (HC n. 420.955/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 1/2/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO UTILIZADO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. NOVA DOSIMETRIA A SER REALIZADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PREJUDICADAS AS MATÉRIAS RELATIVAS À SUBSTITUIÇÃO DA PENA E REGIME DE CUMPRIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. *Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de bis in idem.*

[...]

5. *Habeas corpus não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal local proceda à nova dosimetria das penas dos pacientes, utilizando a natureza e variedade das drogas somente em uma das etapas do cálculo da pena. (HC n. 295.316/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 3/5/2016, DJe 10/5/2016)*

Dessarte, impondo-se a aplicação do benefício do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, constata-se ser mais benéfico ao paciente o cálculo de sua pena tomando por base a nova lei de drogas, em sua totalidade.

Desse modo, passa-se ao novo cálculo da dosimetria da pena do paciente, para o crime de tráfico de drogas, mantidos os demais critérios aplicados na origem.

Fixa-se a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, considerando o vetor da quantidade de entorpecente, resultando em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Não há agravantes e nem atenuantes.

Não há causas de aumento.

Aplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo, obtém-se a sanção definitiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e 194 dias-multa.

Quanto ao regime prisional inicial, 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.

Além disso, a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido 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.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS NA FORMA PRIVILEGIADA. PENA DEFINITIVA DE 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", e § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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).

3. Sedimentou-se, ainda, 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 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga. No caso dos autos, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal, na imposição do regime fechado pelo Tribunal Estadual, pois, a fixação foi em razão da hediondez e da gravidade abstrata do delito, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte Superior, mormente se considerarmos que em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis, a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, tendo sido reduzida inclusive com o patamar máximo do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a pena aplicada ser inferior a 4 anos (1 ano e 8 meses de reclusão), e a quantidade e a natureza da droga apreendida não serem expressivos, o regime a ser imposto deve ser o aberto, de acordo com o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer o regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária, no importe de 1 salário-mínimo destinado ao "Fundo Municipal da Infância e Juventude", como estabelecido na sentença. (HC 497.365/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 29/4/2019).

No caso, embora o paciente seja primário e a condenação não exceda 4 anos de reclusão, a expressiva quantidade da droga apreendida – 1.373,92 g de maconha (fl. 17) –, sopesada na primeira fase da dosimetria, inviabiliza o estabelecimento do regime aberto, revelando-se adequado e suficiente o regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal c.c. o art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

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. QUANTIDADE DA DROGA. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. READEQUAÇÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE

LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Hipótese em que verificada a primariedade, os bons antecedentes e o fato de não restar comprovado que a paciente se dedique ao tráfico ou integre organização criminosa, mostra-se desproporcional a incidência da fração mínima pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, com base apenas na quantidade de droga apreendida (21,75g de crack), sendo adequada à hipótese a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau médio (1/2), atento aos vetores do art. 42 da referida lei.

5. Valorada negativamente uma das circunstâncias judiciais (a natureza da droga), o regime inicial semiaberto (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena de 2 anos e 9 meses de reclusão, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, ficando a reprimenda final da paciente em 2 anos e 9 meses de reclusão, mais pagamento de 275 dias-multa, em regime semiaberto. (HC 368.281/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 1/2/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIABILIDADE. EMBORA PRESENTES NOCIVIDADE E VARIEDADE, A PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS PERMITE O PROPORCIONAL AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA APLICADA. REPRIMENDA REDUZIDA. MANTIDO O

REGIME PRISIONAL SEMIABERTO, MAIS GRAVOSO DO QUE A PENA COMPORTA, ANTE A NOCIVIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS, VALORADAS NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- 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.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- No caso, embora o paciente seja primário e a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporte, em princípio, o regime inicial aberto, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela variedade e a nocividade das drogas apreendidas (cocaína e crack), elementos que, inclusive, justificaram a escolha da fração redutora de 1/2 pelo tráfico privilegiado, recomenda o estabelecimento do regime inicial semiaberto. Inteligência do art. 33, § 3º, do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para reduzir as penas do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 250 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 411.133/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 27/9/2017).

Por fim, no que tange à substituição da pena, embora o paciente tenha adimplido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP, a expressiva quantidade do entorpecente apreendido não recomenda a substituição, nos termos do inciso III, do art. 44, do CP.

Nessa linha, destaca-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONDENADO PRIMÁRIO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE

RECLUSÃO. REGISTRO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO DO ART. 44, III, DO CP NÃO PREENCHIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

3. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois não preenchido o art. 44, III, do CP, haja a vista "o comércio de espécie de droga de altíssimo poder destrutivo - crack ", que "dava-se há vários meses".

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 308.543/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 22/6/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reconhecer o privilégio e redimensionar a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime prisional inicial semiaberto, e 194 dias-multa, no valor unitário mínimo, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator