



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1521920 - SP (2019/0169352-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : G DE O S DA S
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUIZ OTAVIO CONTIM FERRATTO - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGAS (**1,82G DE COCAÍNA e 42,5G DE MACONHA**). PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTOS INAPTOS. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por G. DE O. S. DA. S. contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu recurso especial fundamentado no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal na Apelação n.º 0002081-86.2016.8.26.054.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Agravante às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porquanto trazia consigo, para fins de mercancia ilícita, **1,82g (um grama e oitenta e dois centigramas) de cocaína e 42,5g (quarenta e dois gramas e cinco centigramas) de maconha**. A sanção corporal foi substituída por 2 (duas) restritivas de direitos (fls. 133-140).

Irresignada, a Acusação interpôs apelação, à qual a Corte de origem deu provimento, para: a) afastar a incidência da minorante do tráfico privilegiado, redimensionando as penas aos patamares de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos dias-multa; fixar o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade; e b) revogar a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

A propósito, a ementa do referido julgado (fls. 209-210):

"TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06) - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SEM APRECIACÃO DO MÉRITO -

PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO PARÁGRAFO 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI N 11.343/2006 - ACOLHIMENTO MODO COMO OS ENTORPECENTES ESTAVAM ACONDICIONADOS, QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS E, PRINCIPALMENTE, AS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO E AS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS, QUE REVELAM QUE O RÉU SE DEDICAVA, COM HABITUALIDADE, À ATIVIDADE CRIMINOSA DO TRÁFICO DE DROGAS, FATORES QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO REDUTOR - COMPROVAÇÃO DE QUE FAZIA DO TRÁFICO O SEU MEIO DE VIDA - PRIVILÉGIO AFASTADO - REPRIMENDAS READEQUADAS - PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL E FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO - NECESSIDADE - ACOLHIMENTO GRAVIDADE DO CRIME QUE IMPÕE A FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO, MOSTRANDO-SE IMPERIOSO, SENDO O MAIS ADEQUADO À ESPÉCIE - PRECEDENTES - COM A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO, FICA AUTOMATICAMENTE REVOGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL IMPOSTA EM PRIMEIRO GRAU - INSUFICIENTE PARA REPRESSÃO E PREVENÇÃO DO DELITO - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO."

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 251-259).

Alega a Defesa, nas razões do apelo nobre, violação dos arts. 33, § 4.º, e 42 da Lei n.º 11.343/2006; bem como aos arts. 33, 44 e 59, todos do Código Penal.

Afirma que não foram apresentados fundamentos idôneos para o afastamento da minorante do tráfico privilegiado, aplicado pelo magistrado de piso no patamar máximo, porquanto não há provas de que o Acusado exerça atividade delituosa de modo habitual ou integre organização criminosa.

Pondera ser de rigor a fixação de regime prisional mais brando que o fechado para início de cumprimento da pena corporal, pois a fundamentação utilizada no aresto atacado para a negativa dessa benesse está calcada, tão somente, na gravidade abstrata do delito.

Afirma que o Agravante faz jus à substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto é primário, a pena-base foi estabelecida no mínimo legal e a quantidade de entorpecentes apreendida é ínfima.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 283-290). O recurso especial não foi admitido (fls. 293-294). Foi interposto agravo (fls. 300-306).

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pelo conhecimento do agravo para conhecer e prover o apelo nobre (fls. 329-334).

É o relatório.

Decido.

A propósito do afastamento da minorante do tráfico privilegiado, o acórdão recorrido, na parte que interessa, está alicerçado na seguinte fundamentação (fl. 215-219; sem grifos no original):

"Conforme pleiteado pelo douto membro do parquet e acolhido por esta Relatora, incabível a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que restou configurado que o acusado não se trata de um traficante eventual, mas sim, que se dedica à atividade criminosa do tráfico

de drogas, pois, diante das circunstâncias do crime descritos na denúncia, bem como a quantidade, a diversidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, em especial a droga cocaína, altamente viciante e lesiva à saúde pública, além da expressiva quantia em dinheiro apreendido em poder do réu (cerca de R\$ 700,00 reais), constata-se que Gabriel não poderia ser considerado neófito.

*As circunstâncias como se deram os fatos e a prisão em flagrante do réu, posto que **Policiais Civis visualizaram-no em plena atividade ilícita do comércio de drogas, além da quantidade, diversidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, em especial a cocaína, substância altamente nociva à saúde, com alto poder viciante**, além, repito, da expressiva quantia de R\$ 709,00 reais encontrados em poder do réu, mostram-se como circunstâncias idôneas para impedir a aplicação do benefício do redutor, uma vez denotadora de que, para ter acesso a elas, claramente se incorporou à organização criminosa, ou, no mínimo, tem se dedicado frequentemente à traficância [...]*

*Ademais, reitero: a Lei de Drogas faculta (grifo nosso) ao magistrado - sem obrigar -a concessão do redutor, estando ele livre ainda para estabelecê-lo no patamar que entender adequado diante da análise do caso concreto, respeitando-se o princípio da individualização da pena. E no caso **não caberia a aplicação da benesse em razão das características do crime apurado, que se revelou típico de quem se dedica às atividades criminosas, deixando, assim, de preencherem dos requisitos do citado dispositivo, além da quantidade expressiva de droga apreendida e sua natureza (cocaína), fatores já mencionados.***

Ora, ainda que não se tenham provas exatas, inconcussas, sobre a organização criminosa à qual pertencia, evidente que para vender e negociar drogas em qualquer lugar, o acusado deveria necessariamente estar inserido na estrutura da criminalidade estabelecida naquela região, ressabido que não há, ainda, ‘livre concorrência’ na venda de drogas. E não se trata aqui de suposição ou mera conjectura, pois é de conhecimento público a disputa de pontos de venda de drogas entre organizações criminosas rivais. Notório que a atividade da traficância assumiu características de negócio, sendo hoje fonte de renda do crime organizado, até porque os responsáveis pela estruturação da venda de drogas controlando as etapas de produção, transporte e acondicionamento - não confiariam a entrega a consumidor final a uma pessoa que não gozasse da confiança deles, ou que não tivesse com eles algum vínculo (grifo nosso)

*Enfim, **havendo indícios do envolvimento do acusado com a criminalidade, descabido o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, ainda mais na sua fração máxima.** Valendo trazer à colação, como já se decidiu, que a conduta social do réu, a quantidade e a natureza do entorpecente, além das circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa (RHC nº 116.926/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 20.8.2013; HC 116.541/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 6.6.2013; HC nº 98.366/MG, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 5.2.2010). Afasto, portanto, o redutor, por entender não cabível sua concessão ao caso sob análise.”*

No tocante ao previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, convém ressaltar que o referido dispositivo legal dispõe que, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

É certo que o quantum de diminuição deve ser aplicado de forma razoável e proporcional, levando-se em consideração as características do caso em análise.

Na hipótese, tendo em vista a qualidade e a quantidade de droga apreendida – 1,82g de cocaína e 42,5g de maconha –, entendo que deve ser aplicada a diminuição no patamar máximo

de 2/3 (dois terços), ainda mais quando todas as circunstâncias judiciais analisadas na fixação da pena-base foram consideradas favoráveis.

Parece-me, diante disso, perfeitamente aplicável a causa de diminuição no grau máximo, na esteira da jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. APLICAÇÃO EM 2/3. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS NÃO CONSIDERÁVEL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

3. Constituinte a quantidade de droga elemento norteador na fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, o volume pouco expressivo de entorpecente autoriza a aplicação do redutor em seu grau máximo.

[...]

6. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 429.786/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe de 06/06/2018; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO. 47,6 G DE MACONHA E 28,3 G DE COCAÍNA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PLEITEADA EM 2/3. AUSÊNCIA DE REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL. HEDIONDEZ. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. INCONSTITUCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. PRECEDENTES. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF.

Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 1.183.712/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe de 08/03/2018; sem grifos no original.)

"[...]

DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO. REQUISITOS ATENDIDOS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

2. Neste caso, a eg. Corte de origem deixou de aplicar o benefício em seu patamar máximo sem fundamentar adequadamente a fração escolhida, sendo certo que, diante das circunstâncias do caso concreto, especialmente a pequena quantidade de drogas apreendidas em poder do acusado (73,3 g de maconha e 5,1 g de cocaína), autorizam a aplicação da fração redutora no patamar máximo de 2/3 (dois terços).

[...]

5. Agravo regimental parcialmente provido." (AgRg no AREsp 1.235.415/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 17/08/2018; sem grifos no original.)

A propósito do regime inicial de cumprimento de pena, o acórdão recorrido, na parte que

interessa, está calcado nas seguintes razões de decidir (fls. 219-221; sem grifos no original):

"No tocante ao regime prisional, considerado o quantum das penas e as circunstâncias dos fatos, fixo o regime inicial fechado, merecendo guarida nesse ponto, também, o inconformismo ministerial, posto que a Magistrada a quo fixou erroneamente o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda, substituindo-a, ainda, por restritivas de direitos.

[...] mesmo que a quantidade da pena imposta permitisse estabelecer regime inicial mais benéfico, sempre dependerá, em última análise, do exame da culpabilidade da agente, de seus antecedentes, de sua conduta social, de sua personalidade, bem como dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime.

Dessa forma, diante da análise do caso concreto, consoante os termos dos artigos 59 e 33 do Código Penal, levando-se em consideração as circunstâncias judiciais totalmente desfavoráveis ao réu, já outrora descritas, e as gravíssimas consequências causadas à sociedade pelo crime de tráfico de entorpecentes, impõe-se a adoção do regime mais gravoso.

Ademais, modalidade menos severa para o cumprimento das penas se mostra insuficiente e inadequada à repressão dos delitos."

No tocante ao presente tema, pondero, preliminarmente, que, em 27/6/2012, o Tribunal Pleno da Corte Suprema, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do §1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/1990 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07) e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, deve o julgador, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Na espécie, considerando as circunstâncias apreciadas na dosimetria do édito condenatório primevo – restabelecido neste *decisum* –, que fixou pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a ausência de circunstâncias judiciais negativas, bem como a inexistência de grande quantidade de droga apreendida (**1,82g de cocaína e 42,5g de maconha**), o regime inicial de cumprimento de pena adequado é o aberto.

Com igual conclusão, cito os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ESTABELECIDO NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 APLICADA NO GRAU MÁXIMO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida

(art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

2. O regime prisional mais gravoso do que aquele que o patamar de pena aplicada permite pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, conforme o teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

3. Na espécie, além da quantidade não expressiva de droga encontrada em poder do acusado - 84g de maconha e 12,8g de cocaína -, não houve fundamentação idônea para a fixação do regime prisional semiaberto, mormente se considerado que a pena-base foi fixada no mínimo e a minorante foi concedida na fração máxima, devendo ser mantido o regime inicialmente aberto para cumprimento da reprimenda, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, pois preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 517.078/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 06/09/2019.)

"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. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DA SUBSTÂNCIA. 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 integrem 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. Caso em que, não sendo expressiva a quantidade de droga apreendida - 18 eppendorfs de crack (2,2 g) e 20 filetes de maconha (27 g) - e a míngua de outros 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.

5. 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.

6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. 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 515.512/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019.)

Por fim, a Corte estadual indeferiu a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos com amparo nos seguintes fundamentos (fls. 221; sem grifos no original):

"Também não há falar-se em substituição da pena corporal por restritivas de direitos, devendo o benefício ser revogado.

[...]

A substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos é medida excepcional, de natureza alternativa, empregada nos delitos de menor gravidade e atendidas as exigências contidas nos incisos do art. 44 do CP. Ainda que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e não seja o réu reincidente em crime doloso, em se tratando do crime de tráfico, entende-se que considerados a 'culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias', a mencionada conversão apresenta-se inadequada e insuficiente ao fim da sanção penal

Trata-se de crime de natureza grave, de reprovabilidade acentuada e cujas circunstâncias (lucro fácil em detrimento da saúde de outrem) e consequências (desestabilização familiar e social), impedem a substituição, sob o risco de a retribuição estatal ao ilícito tomar-se inócua."

Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, reconheceu, incidentalmente, a parcial inconstitucionalidade do § 4.º do art. 33 e do art. 44, caput, ambos da Lei n.º 11.343/2006, o que tornou possível a concessão da substituição das penas aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

Nesse sentido, é uníssona a jurisprudência desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REFERÊNCIAS GENÉRICAS ACERCA DA GRAVIDADE DO DELITO. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. PACIENTE PRIMÁRIO, COM ANÁLISE FAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. A partir do julgamento do HC n. 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a parcial inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. Hipótese em que o regime prisional foi recrudescido e a substituição da pena foi negada com base em referências genéricas acerca da gravidade do delito, além da quantidade dos entorpecentes apreendidos, que não é expressiva na hipótese dos autos (9,1g de cocaína e 33,3g de maconha).

5. O quantum da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto e ter sua pena

substituída por medidas restritivas de direitos, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais." (HC 482.234/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 14/06/2019, sem grifos no original).

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO IMPUGNADA.

1. Evidenciado que o Magistrado singular, corroborado pelo Tribunal de origem, fixou o regime inicial fechado de cumprimento da pena, com base, apenas, na imposição automática constante da Lei dos Crimes Hediondos, bem como deixou de substituir a privativa de liberdade por restritiva de direitos, com fundamento na vedação legal, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser mantida a decisão concessiva da ordem de habeas corpus.

2. Não cabe a este Superior Tribunal, em ação exclusiva da defesa, agregar fundamentação para justificar a imposição de regime inicial mais rigoroso e a negativa de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 357.147/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 13/06/2017, sem grifos no original).

No caso, a pena aplicada ao Agravante, com a incidência da minorante do tráfico privilegiado restabelecida neste *decisum*, é bastante inferior a 4 (quatro) anos e todas as circunstâncias judiciais lhe foram favoráveis, tanto que o édito condenatório, mantido no ponto pelo Tribunal de origem, aplicou a pena-base no mínimo legal.

Ademais, a quantidade de entorpecentes apreendida – **1,82g de cocaína e 42,5g de maconha** –, apesar de relevante, não é suficiente, por si só, para impedir a substituição.

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso especial para restabelecer a sentença de primeiro grau que, fazendo incidir a minorante do tráfico privilegiado, fixou a reprimenda corporal imposta ao Agravante em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, definiu o regime inicial aberto para início o cumprimento da pena corporal imposta, bem como substituiu a sanção privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora