

RECURSO ESPECIAL Nº 1.779.801 - SP (2018/0302393-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE : JOAO JEFFERSON MACHADO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARINA D. E. TEDESCHI JARDIM - DEFENSORA PÚBLICA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **JOÃO JEFFERSON MACHADO** com amparo no art. 105, III, inciso "a", da Constituição Federal, de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo defensivo.

Nas razões recursais, alega a defesa violação dos artigos 33, § 2º, "c", 59 e 44, todos do Código Penal.

Alega que estão presentes os requisitos para a fixação do regime inicial aberto e para a permuta da pena corporal por restritivas de direitos, porquanto o recorrente foi condenado a pena inferior a 4 anos, as circunstâncias judiciais foram todas favoráveis e o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 229-235).

Admitido o inconformismo (e-STJ, fl. 238), os autos ascenderam ao STJ.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento parcial do recurso especial (e-STJ, fls. 248-250).

É o relatório.

Decido.

O recurso merece parcial provimento.

O Tribunal *a quo* fixou o regime fechado e indeferiu o pleito de permuta da pena, com a seguinte fundamentação:

"O regime prisional, fixado no fechado, não merece alteração, não apenas em consonância com o imperativo da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07 mas também considerando que é, no caso concreto, incabível e inadequado seu abrandamento: a conduta apenada é a de trazer consigo, com o fim de comercialização, 53 (cinquenta e três) porções de cocaína (80,2g), 21 (vinte e uma) porções de crack (5,7g) e 10 (dez) porções de maconha (15,6g).

Veja-se que a conduta do acusado extrapolou a repressão natural do tipo penal referente ao tráfico de drogas, que por vezes se evidencia em comercialização de quantidade menor que aquela apreendida.

Além disso, a natureza dos entorpecentes apreendidos (cocaína, crack e maconha) revela a especial reprovabilidade delitiva, já que tais substâncias tem alto poder viciante e destrutivo à saúde humana, em relação a outros entorpecentes sobre cuja comercialização recai a mesma conduta delitiva.

Percebe-se, ainda, que eram comercializados, concomitantemente, três tipos de entorpecentes, e tal variedade evidentemente demonstra o maior alcance da conduta, na medida em que o réu visava atingir ampla gama de usuários, de diversos tipos de drogas, demonstrando,

também nesse contexto, a grande extensão da ofensa ao bem jurídico protegido. Por tais circunstâncias, a atuação do acusado requer intensa resposta penal, e justifica a adoção do regime mais gravoso.

Destarte, as circunstâncias concretas do caso em comento demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando que o fechado até para que não se provoque afrouxamento excessivo e intolerável estímulo ao criminoso, forjando, em seu espírito, a sensação de uma ilusória impunidade.

Inviável a concessão de sursis, ou a conversão da privativa de liberdade em restritivas de direitos, eis que reservadas aos delitos de menor potencial ofensivo, lato sensu, e não aos equiparados aos crimes hediondos.

Além do mais, nada obstante decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal, reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade parcial das vedações contidas nos artigos 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/06 (HC nº 97.256/RS, DJe 15.12.2010), e a Resolução nº 05/2012, do Senado Federal (publicada no D.O.U. de 16.02.2012), que suspendeu a eficácia da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º, do artigo 33, da referida lei, há de se ressaltar que a natureza e gravidade concreta do delito de tráfico de entorpecentes impedem a aplicação das penas alternativas. Por fim, além da total incompatibilidade com o regime prisional obrigatório (inicial fechado), conforme o artigo 2º, parágrafo 12, da Lei nº 8.072/90, não estão preenchidos os requisitos cumulativos do artigo 44, do Código Penal, pois, ainda que se considerem presentes os exigidos nos incisos I e II, o III não se implementa, na medida em que os motivos e as circunstâncias do crime (lucro fácil em detrimento da essência e condição humana), aliados às consequências (fator de séria desestabilização familiar e social), deixam franqueada a insuficiência da substituição punitiva e da suspensão da pena." (e-STJ, fls. 179-181).

Inicialmente, convém destacar que a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES, em 27/7/2012.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, verifica-se não ter sido dada a correta interpretação aos dispostos nos arts. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 1 ano e 8 meses e o recorrente seja primário, o regime semiaberto é o cabível à espécie (como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada), dada a presença de circunstância prevalecente, qual seja, a quantidade e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas com o réu (80,2 gramas de cocaína, 5,7 gramas de *crack* e 15,6 gramas de maconha - e-STJ, fl. 179).

Confira-se:

"[...] No caso, apesar de a ré ser primária e com bons antecedentes e de sua pena ter sido fixada abaixo do patamar do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, a variedade e a quantidade significativa de entorpecentes apreendidos recomendam o estabelecimento do regime semiaberto para o início da expiação."

(AgRg no REsp 1.438.369/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 01/09/2015)."

Vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", o que levou, inclusive, a supressão desses trechos do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Portanto, desde que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas.

Porém, na hipótese dos autos, diante da quantidade e variedade de droga apreendida, conclui-se que a medida não seria socialmente recomendável.

Neste sentido:

"[...]

II - Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que, "admite que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas" (AgRg no AREsp n. 911.058/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2016). Também deste Superior Tribunal, colhe-se que "apesar de a pena ter sido estabelecido em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o caso concreto demonstra que a circunstância desfavorável da quantidade e da qualidade da substância apreendida (534,00g de maconha) torna socialmente não recomendável a substância da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (AgRg no AREsp n. 1.025.285/MG, Quinta Turma, de minha lavra, DJe de 9/6/2017).

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1104249/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 21/03/2018).

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XVIII, "c", do RISTJ, **dou provimento parcial** ao recurso especial para fixar o regime inicial semiaberto.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator