RECURSO ESPECIAL Nº 1.794.155 - SP (2019/0031695-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	JUNIO VENANCIO MARIANO (PRESO)
ADVOGADO	:	FERNANDO MENEZES NETO - SP305683
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **JÚNIO VENÂNCIO MARIANO** 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 da defesa.

Nas razões recursais, alega a defesa violação do artigo 44 do Código Penal.

Requer a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao argumento de que estão presentes os requisitos para o deferimento dos benefícios.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 333-337).

Admitido o inconformismo (e-STJ, fl. 340), os autos ascenderam ao STJ.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 349-351).

É o relatório.

Decido.

O recurso merece prosperar.

O Tribunal *a quo* manteve o regime inicial fechado e o indeferimento do pleito de permuta da pena corporal por restritivas de direitos, nos seguintes termos:

> "Não se desconhece que o plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu que o crime de tráfico privilegiado não tem natureza hedionda, nos termos do entendimento proferido no julgamento do HC 118.533/MS, porém, conforme ponderado pela eminente Procuradoria Geral de Justiça, esta decisão não tem caráter vinculante, gerando efeitos apenas e exclusivamente naquele caso concreto.
>
> Diante disso, mantenho posicionamento no sentido de que o crime de tráfico de drogas, ainda que na forma privilegiada, é delito grave, pois gera intranquilidade social e produz efeitos nefastos aos usuários e à sociedade em geral, sendo responsável por grande parte dos crimes violentos que ocorrem em nosso país, de modo que o regime fechado é o mais adequado à gravidade da conduta praticada pelo acusado e melhor atende aos critérios de reprovação e prevenção do crime.
>
> No que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se olvida que houve a edição da Resolução n° 5/12 do Senado Federal que reconheceu a inconstitucionalidade da vedação à conversão em pena restritiva de direitos em relação ao crime de tráfico de drogas privilegiado, mas, para reconhecimento de tal substituição, continua necessária a análise dos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal.

> Assim, a culpabilidade e a personalidade do agente, bem como as consequências do crime, não recomendam a substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos, pois o crime de tráfico é privado de uma série de beneficios previstos em lei especial de origem constitucional, de modo que a referida substituição, além de incompatível com a gravidade do delito, seria insuficiente para a reprovação e prevenção do crime, nos moldes do entendimento adotado por esta colenda Câmara:
>
> > APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas privilegiado. Sentença Condenatória. Pleito defensivo pela fixação do regime prisional aberto para o cumprimento da pena e a aplicação da detração.
> > Impossibilidade. Materialidade e autoria bem delineadas, sequer objeto de recurso. Dosimetria e regime não merecem reparos.
> > Aplicado o redutor previsto no parágrafo 4° do artigo 33 da Lei 11.343/06. Ausência de recurso ministerial. Princípio da non reformatio in pejus. Regime fechado adequado ao caso concreto.
> > Inviável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.
> > Detração é matéria afeta ao Juízo das Execuções. Recurso improvido. (TJSP; Apelação 0005638-39.2014.8.26.0223; Relator
> > (a): Andrade Sampaio; Órgão Julgador: 9' Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarujá - 1' Vara Criminal; Data do Julgamento: 22/03/2018; Data de Registro: 03/04/2018) APELAÇÃO CRIMINAL. Condenação por tráfico de drogas privilegiado. Defesa objetiva a fixação de regime prisional mais brando e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.
> > Impossibilidade. Regime prisional fechado mantido. Gravidade in concreto do delito. Fundamentação idônea. Inviabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Beneficio que não se mostra suficiente para a prevenção e reprovação de condutas dessa natureza. Erro material na dosimetria corrigido ex officio. Recurso não provido. (TJSP;
> > Apelação 0001884-59.2016.8.26.0663; Relator (a): Carlos Monnerat; Órgão Julgador: 9' Câmara de Direito Criminal; Foro de Votorantim - Vara Criminal; Data do Julgamento: 01/02/2018; Data de Registro: 16/02/2018)." (e-STJ, fls. 303-305).

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 as 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 a 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.

O recorrente foi condenado pelo tráfico na forma privilegiada, sendo que a definição do modo inicial de cumprimento da pena deve estar atrelada à valoração das circunstâncias do art. 59 do CP, que, no caso, foram consideradas favoráveis. Sendo, assim, entendo que, uma vez preenchidos os requisitos legais, sobretudo quando não expressiva a quantidade de entorpecente apreendida (49,63 gramas de maconha, e-STJ, fl. 211), faz jus o recorrente à fixação do regime aberto, por ser adequado à prevenção e à reparação do delito em tela.

Confiram-se:

> "Considerando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, o regime inicial aberto."
> (HC 339.471/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015).
>
> "3. Considerando a quantidade de pena imposta (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial aberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal.
> [...]
> 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais."
> (HC 320.015/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015).
>
> "[...]
> 2. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 nos julgamentos do HC 69.657/SP e do HC 97.256/RS, respectivamente, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação à conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
> 3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (7,7 gramas de cocaína, 2,65 gramas de crack e 2,5 gramas de maconha), o regime aberto é o adequado à prevenção e reparação do delito. Do mesmo modo, havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos."
> (HC 327.984/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015).

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e favorabilidade das circunstâncias do art. 59 do CP), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da execução.

Nesse sentido:

> "[...]
> 1. Não obstante a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, é possível operar-se a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, caso preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos necessários para a o deferimento da medida. Precedentes.
> 2. Na hipótese dos autos, diante da circunstâncias concretas do delito, tendo em vista a primariedade da agente, fixação da pena-base no mínimo legal, pequena quantidade de entorpecentes

apreendidos, incidência da minorante de pena do tráfico privilegiado na fração máxima e da causa de aumento na fração mínima, não se vislumbra ilegalidade no julgado proferido pela Corte *a quo* que concedeu a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos.
3. Agravo regimental desprovido."
(AgRg no REsp 1.320.117/DF, Min. Rel. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA,DJe 01/02/2017).

"[...]
1. Como referido na decisão agravada, pareceu à instância local, socialmente recomendável ao caso, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, não obstante as peculiaridades pertinentes à quantidade e à qualidade das drogas apreendidas.
2. Assim, para esta Corte proceder a novo juízo de valor acerca da conveniência ou não da referida conversão, fazendo-se substituir às instâncias ordinárias, soberanas na apreciação de fatos e provas, realmente, ferirá de morte o óbice da Súmula 7, cioso da vocação constitucional desta Casa, incumbida de dizer o direito.
3. Quanto ao regime inicial para o cumprimento da punição, a quantidade e a natureza da droga não haveriam mesmo de influenciar na fixação dele, uma vez que não tiveram robustez suficiente para elevar a pena do mínimo legal, além de o agravado ser primário e a reprimenda imposta em 2 anos e 6 meses de reclusão.
4. Portanto, a decisão agravada há de ser mantida incólume por seus próprios termos.
5. Agravo regimental improvido."
(AgRg no AREsp 851.928/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016).

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, "c", do RISTJ, **dou provimento** ao recurso especial, para fixar o regime aberto e deferir o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da Execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator