

RECURSO ESPECIAL Nº 1.789.843 - PR (2019/0000733-3)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
RECORRIDO : JULIANO CESAR ABRAAO MATYSIAK (PRESO)
RECORRIDO : LUCIANO DE ANDRADE MORAES
ADVOGADO : KESSOLY GONÇALVES DO NASCIMENTO - PR068096

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO AO CASO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça estadual.

Consta dos autos que os recorridos foram denunciados como incurso nos delitos previstos nos artigos 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006, ao passo que o MM. Juízo de primeiro grau desclassificou as condutas para a prevista no artigo 28, **caput**, da referida lei (fls. 939-975).

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuseram apelações criminais, com vistas à reforma da sentença condenatória. No Tribunal de origem, o recurso da defesa teve negado o provimento e o da acusação foi provido para condenar os recorridos como incurso no delito previsto no artigo 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, à penas de, cada um, **2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, no regime **aberto**, mais **275 (duzentos e setenta e cinco) dias-multa**, operando-se, na ocasião, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 1.386-1.427).

Os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público foram rejeitados (fls. 1.488-1.495).

Nas **razões do recurso especial**, a parte recorrente sustenta

(i) *“restou apreendida meio quilo de maconha, tendo sido a grande quantidade reconhecida e ressaltada no acórdão principal em diversas passagens. Evidente que o aspecto da quantidade da substância é relevante, uma vez que o presente caso trata de uma quantidade considerável, o que, dado o propósito da traficância (crime pelo qual os sentenciados foram condenados em segundo grau) iria ser revendida a um número vasto de pessoas, gerando um grande impacto negativo na sociedade, fato que torna a conduta do réu ainda mais reprovável. Certamente, o caso não é equivalente a que se apreendesse alguns poucos gramas da mesma substância”* (fl. 1.611);

(ii) *“o TJPR negou vigência ao artigo 42 da Lei n. 11.343/06 quando fixou o regime aberto aos recorridos para o início de cumprimento da pena, ponderando, unicamente, o quantum da pena privativa de liberdade imposta, quando, como se demonstrou, a grande quantidade de droga apreendida (meio quilo de maconha) ensejaria o regime fechado, em conformidade com o disposto nos artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e artigo 42 da Lei n. 11.343/06”* (fl. 1.616).

O recurso foi admitido na origem (fls. 1.693-1.703) e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo parcial **provimento** do recurso especial (fls. 1.727-1.733).

É o relatório.

Decido.

Busca a parte recorrente, em síntese, nas suas razões recursais, seja fixado o regime **fechado** para resgate da pena imposta aos recorridos.

O Tribunal de origem, ao analisar o tema, destacou o seguinte:

“Destarte, conforme acima apontado, o egrégio Supremo Tribunal Federal no HC nº 11.1480, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 (com redação dada pela Lei nº 11.464/07), tornando-se possível a fixação de regimes prisionais mais brandos para os crimes hediondos e assemelhados, conforme o caso concreto, logo não há

Também é de se destacar que a partir do julgamento da Apelação Criminal nº 1.009.152-6, nesta Câmara, tive oportunidade de me manifestar sobre a incorporação do art. 42 da Lei nº 11.343/2006 ao ordenamento jurídico, o qual, como sabido, instituiu novos critérios para a fixação da pena ('quantidade' e a natureza da droga), requerendo a análise dos seus pressupostos em separado dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal.

À época da prolação do acórdão (janeiro de 2014), havia consignado que a introdução do art. 42 da Lei de Drogas em nosso ordenamento jurídico constitui uma inovação legislativa por intermédio da qual, nos delitos relacionados aos entorpecentes, seria possível aferir o desvalor da ação e a lesividade ao bem jurídico penalmente tutelado, no caso a saúde pública. Neste sentido, quatro critérios judiciais (natureza, quantidade, personalidade e conduta social foram alçados, frise-se, por expressa determinação legal, à condição de preponderância' sobre os demais, descritas no art. 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, motivos, circunstâncias, consequências, comportamento da vítima).

Sobre tal aspecto, a análise da jurisprudência e da doutrina especializada ressalta que, muito embora já tenham sido produzidos inúmeros trabalhos sobre o assunto, subsistem controvérsias relevantes, as quais sintetizo em torno a duas questões principais. São elas: a) qual o sentido que deve ser conferido ao vocábulo preponderância no confronto do dispositivo em tela com as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal-, e b) como valorar especificamente os novos critérios instituídos, quais sejam a natureza e a quantidade de entorpecente?

Destarte, o art. 59, do CP, prevê o exame de oito requisitos que, analisados de 'per si', deve propiciar uma conclusão sobre o seu conjunto, ou seja, sobre a totalidade destes oito vetores (favoráveis e/ou desfavoráveis ao réu), donde o juiz deverá extrair a pena-base (observar que qualquer requisito sempre deverá ser avaliado em conjunto com os demais, ou seja, nunca isoladamente).

Antes da Lei 11.343/2006, a quantidade' e a natureza da droga', via de regra, ou seja, tão-só em decorrência de construção doutrinária e jurisprudencial, eram avaliadas quando do exame do artigo 5SL dg £P, relativamente ao requisito culpabilidade' ou circunstâncias do crime' (ou um, ou outro).

Talvez porque alguns magistrados antes da nova lei (lei vigente) olvidassem essa então questão (ou circunstância) da 'quantidade' e a natureza da droga' (agora previsto no art. 42, da Lei de Entorpecentes - dois novos requisitos a serem sopesados quando da fixação da pena base)-, ou mesmo por preocupado o legislador em dar específica ênfase a tais vetores, buscando diferenciar o traficante pequeno ou eventual do grande traficante ou profissional do tráfico ('quantidade' e a 'natureza da droga), foi que, quando da elaboração da Lei de Tóxicos vigente (Lei 11.343/06), se introduziu (expressa e claramente) o disposto no seu art. 42, 'verbis'.

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com

Edição nº 2644 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 04 de Abril de 2019 Publicação: Sexta-feira, 05 de Abril de 2019
preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou produto, a personalidade e a conduta social do agente.

O artigo 42, assim, passou a ser uma norma própria da lei especial, qual seja, da Lei 11.343/06, cujas disposições devem ser observadas isoladamente para que, ao final, somadas aos requisitos do art. 59, do CP, perfaçam um conjunto de elementos concretos que nortearão o juiz na fixação da PENA-BASE nos crimes de tráfico de substâncias entorpecentes.

Tanto é que o legislador coloca as 'circunstâncias' do artigo 42, da Lei de Droga, como 'preponderante' sobre as do art. 59, do CP, dentre as quais, realçou com primazia a personalidade' e a 'conduta social' do réu, que devem ser somadas evidentemente com a quantidade' e natureza da droga' apreendida em seu poder.

A natureza jurídica do art. 42, da Lei 11.343/2006, ao que tudo leva a crer, nada mais é do que punir com maior severidade a comercialização da droga em maior quantidade em face da possibilidade, em tese, de atingir um número bem maior de consumidores e/ou usuários e a possibilidade, em tese, pela natureza da droga, por sua capacidade viciante maior e mais deletéria (maiores riscos, ainda, a saúde pública).

Mas o diferencial do exame de cada uma destas normas, ou seja, do art. 59, do CP e do art. 42, da Lei 11.343/06 está no fato de que o traficante eventual não pode ser punido com o mesmo rigor com que deve ser punido o traficante habitual, ou seja, o centralizador da grande produção e da grande distribuição, o que chega a ter, inclusive, caráter de internacionalidade.

A título de observação, ressalvadas as exceções, a culpabilidade' não pode ser considerada grave ou intensa em razão da quantidade' e 'natureza da droga'. Isso porque, o dolo, via de regra, é normal a esta modalidade delitiva.

O mesmo se diga quanto às circunstâncias do crime', que, da mesma forma, também é normal ao tipo penal.

É que a natureza' e a quantidade da droga', perante a lei vigente, seja como for, mostra, algumas vezes, o quão grave, em tese, é a ameaça ao bem jurídico tutelado (saúde pública). Daí porque, conforme o caso, o aumento da pena-base, independentemente do fato de todas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal serem eventualmente favoráveis ao réu.

Estes argumentos, de qualquer modo, a meu ver, são os únicos a justificar a existência do art. 42, da Lei 11.343/2006. E, como é o disposto na lei, deve ser cumprido, literalmente (o que significa que a referida norma punitiva não pode e nem deve ser confundida ou mesclada com a regra ditada pelo art. 59, do CP - norma de caráter geral).

Além disso, há que se ver que o art. 42, da Lei 11.343/2006, indiretamente, conforme o caso, se mostra favorável ao réu ('lex mitior'), porque ainda que os seus requisitos sejam desfavoráveis ao réu (natureza' e a quantidade da droga), autorizando a elevação da pena-base acima do mínimo legal, resta-lhe benefícios, em alguns casos.

Partindo-se desta premissa, conforme acima apontado,

Superior Tribunal de Justiça

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

Edição nº 2644 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 04 de Abril de 2019 Publicação: Sexta-feira, 05 de Abril de 2019

logicamente que quando favoráveis todos os requisitos do art. 59 do CP, conforme o caso, que é a hipótese dos autos, será a obtenção do regime aberto e a substituição das penas por restritivas de direitos.

Com efeito, em casos assim, para fixação do regime prisional, deve o julgador se orientar pela regra capitulada no art. 33, do Código Penal.

Aliás, no caso concreto, conforme consignado no v. Acórdão, quando da fixação da análise das circunstâncias judiciais (Art. 59, CP), restaram todas favoráveis aos réus.

E, com a devida vênia ao entendimento da douta Coordenadoria de Recursos da Douta Procuradoria Geral de Justiça, contrário ao entendimento sustentado, restando a pena privativa de liberdade dosada em patamar inferior a 04 anos, não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59, CP), que é a hipótese dos autos, correto é a fixação do regime aberto aos réus Luciano e Juliano.

Destarte, não há que se falar em 'omissão' no julgado, considerando que o julgado analisou expressamente o ponto atacado, com fundamentação coerente com o entendimento desta Colenda Câmara, quando da prolação do acórdão.

De todo o apresentado, evidencia-se, na verdade que a Coordenadoria de Recursos detém nítida intenção em rediscutir a matéria suficiente decidida pelo Colegiado, o que inadmissível nesta via, devendo ser interposto recurso próprio para tal fim.

Da mesma forma, nem mesmo o § 3º, do artigo 33, do Código Penal, autoriza adoção de regime mais gravoso aos réus Luciano e Juliano, considerando que aludido dispositivo faz expressa remissão aos parâmetros do art. 59, do Código Penal, e, neste ponto, frise-se, novamente, todas as circunstâncias nele contempladas foram favoráveis aos réus Juliano e Luciano.

Assim, em que pese a pretensão de alteração do entendimento adotado por este Colegiado, a clareza do julgado, bem como a natureza integrativa e não substitutiva dos embargos de declaração autorizam a rejeição.

Pelo exposto, rejeito os presentes Embargos de Declaração e mantenho incólume o acórdão atacado, por seus próprios fundamentos” (fls. 1.492-1.495).

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts.

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

7. 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.

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239.999/MS, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 21/8/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. Ocorrência. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

3. *Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

4. *In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.*

5. *Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal. 6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastadas a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto aos três pacientes, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY" (HC n. 271.147/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/9/2014, grifei).*

Na hipótese, o regime inicial fixado pelo Tribunal de origem foi o aberto, todavia, o regime adequado à hipótese é o **semiaberto**, uma vez que, não obstante o montante final da pena autorizar o regime aberto, a grande quantidade de droga apreendida (**meio quilo de maconha**) autoriza a fixação de regime mais rigoroso para cumprimento da pena.

Sobre o tema colaciono os seguintes arestos:

"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. APLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL.

PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. 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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. Nos termos do § 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, embora a Corte de origem tenha se utilizado validamente dos parâmetros descritos no art 42 da Lei n. 11.343/2006 para se afastar a benesse legal, uma vez certificada a primariedade e os bons antecedentes do paciente, in casu, a quantidade de droga apreendida é insuficiente para se presumir a sua habitualidade delitiva. Readequação da pena para aplicação do índice de redução em 2/3.

5. **Estabelecida a pena final em 1 ano e 8 meses e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais (quantidade de droga apreendida - 505 g de maconha), o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).**

6. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da aferição negativa da quantidade de drogas apreendidas (art. 44, III, do CP).

7. 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 2/3, ficando a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 166 dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto." (HC 480.996/RJ, **Quinta Turma**, Rel.

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR EM GRAU MÁXIMO. INVIABILIDADE. NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS. PARÂMETRO IDÔNEO PARA FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. CABÍVEL, NO CASO, O REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INDEFERIMENTO. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

4. Na hipótese, apesar de fixada a pena-base no mínimo legal, tendo em vista a primariedade do Acusado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, as instâncias ordinárias estabeleceram o regime inicial fechado, com base na natureza e na variedade da droga apreendida, circunstâncias concretas justificadoras da imposição de regime mais gravoso. No entanto, considerando a pena definitiva do Paciente - 02 (dois) anos de reclusão -, revela-se apropriado o cumprimento da pena no regime inicial semiaberto. Precedentes.

[...]

6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida tão somente para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena." (HC 489.143/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 28/03/2019, grifei)

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, dou **parcial provimento** ao recurso especial para fixar o regime **semiaberto** de resgate da pena dos recorridos.

P. e I.

Brasília (DF), 29 de março de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator