RECURSO ESPECIAL Nº 1.795.812 - SP (2019/0040556-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	CARLOS ANDRE DA SILVA
ADVOGADOS	:	MARICY REHDER COELHO CAMARA - DEFENSOR PÚBLICO - SP156550 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **CARLOS ANDRÉ DA SILVA**, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao apelo ministerial.

Nas razões do recurso especial, sustenta a defesa violação dos artigos 33, § 2º, *b*, do Código Penal, 33, § 4º, da Lei 11.343/06, e 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, bem como divergência jurisprudencial na interpretação dada aos referidos dispositivos legais.

Alega que estão presentes os requisitos para a aplicação da minorante, porquanto o recorrente é primário, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa.

Assevera que "a reincidência já foi considerada na segunda fase da dosimetria da pena, majorando a reprimenda do recorrente em 1/6, de modo que considerá-la novamente para afastar a incidência do redutor do § 4°, art. 33 da Lei de Drogas é incorrer em verdadeiro *bis in idem*" (e-sTJ, fl. 227).

Aduz que o regime fechado foi fixado com fundamento na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em desarmonia com os entendimentos consubstanciados no teores das Súmulas 440 do STJ e 719 do STF.

Por fim, requer a aplicação da minorante no grau máximo (2/3) e a fixação do regime semiaberto.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 233-255) e admitido parcialmente o inconformismo (e-STJ, fls. 258-261), os autos ascenderam ao STJ.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso para que seja fixado o regime semiaberto (e-STJ, fls. 271-273).

É o relatório.

Decido.

O recurso não comporta provimento.

O Tribunal *a quo* afastou a minorante e fixou o regime fechado com a seguinte fundamentação:

> "A recidiva impede a aplicação da Lei Especial, art. 33, § 4°, como se infere, aliás, de sua interpretação literal, cuja benesse contempla apenas agentes primários, o que, igualmente, inviabiliza a substituição da privativa por "alternativas", pois não seria socialmente recomendável, bem como pela ausência dos demais requisitos do CP, art. 44.
> Assim, definitivas no quantum fixado, à míngua de outras modificadoras.
> No que tange ao regime, necessária a imposição do fechado. Não se ignora que o STF reconheceu e declarou, incidentalmente, a

> inconstitucionalidade da Lei n° 8.072/90, art. 2°, § 1°, que instituiu obrigatoriedade do início da pena no fechado, no julgamento do HC n° 111.840/ES. Entretanto, a gravidade concreta da conduta, impulsionadora de uma verdadeira cadeia delitiva, assolando a sociedade de forma funesta, mercê da natureza propulsora e devastadora dos entorpecentes apreendidos (maconha e crack), cujo poder viciante assola seus dependentes que, para garantir o consumo, na maioria das vezes, praticam crimes patrimoniais, justifica a imposição do mais gravoso." (e-STJ, fl. 202).

No que tange à pretensão de aplicação da minorante, como é sabido, os requisitos legais para o deferimento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Segundo entendimento desta Corte, o mencionado dispositivo legal tem como objetivo beneficiar apenas pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

Assim, reconhecida pela instância ordinária a reincidência do recorrente, torna-se incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

A propósito, cito:

> "PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA FIXADA ACIMA DE 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE
> **1. Reconhecida pela instância ordinária a reincidência do recorrente, não há como aplicar causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não preenchidos os requisitos legais para o deferimento da benesse.**
> 2. O regime fechado (mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para o cumprimento inicial da pena reclusiva (6 anos e 5 meses), tendo em vista a reincidência do recorrente, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, "b", do CP. Precedentes.
> 3. Tendo as instâncias ordinárias fixado a pena privativa de liberdade superior a 4 anos, mostra-se incabível a sua substituição por penas restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).
> 4. Agravo Regimental desprovido."
> (AgRg no AREsp 525.726/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 03/06/2016, grifou-se).

Quanto ao pleito de abrandamento do regime, de fato, a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em

27/7/2012).

Na identificação 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 por 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 de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Observa-se que o recorrente foi condenado a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado para cumprimento inicial da pena, sendo, portanto, devidamente justificado consoante dispõe o art. 33, e parágrafos, do Código Penal e a Súmula 269/STJ, não havendo, portanto, qualquer desproporcionalidade na imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda, pois, nada obstante ser a pena inferior a 8 anos reclusão, foi reconhecida a sua reincidência.

A propósito:

> "PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS. RÉU REINCIDENTE. MODO FECHADO. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. Estabelecida a sanção corporal em 5 anos e 10 meses de reclusão e verificada a reincidência do agente, o regime inicial fechado é o cabível para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal. Precedente.
> 2. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no REsp 1705153/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 07/03/2018).
>
> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CULPABILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FORMAÇÃO SUPERIOR E CONDIÇÃO SOCIAL DO RÉU. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. O Juízo de primeiro grau justificou a fixação da pena-base acima do mínimo legal de forma fundamentada, destacando, além da quantidade e natureza da droga apreendida, a elevada culpabilidade do acusado, elemento concreto que evidencia a reprovabilidade da conduta atribuída ao recorrente e autoriza a majoração.
> 2. Embora a reprimenda seja inferior a 8 anos de reclusão, ressalto que a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena, tal como consignado na decisão agravada, foi justificada na reincidência do réu e na valoração negativa de circunstâncias judiciais. "Tais circunstâncias, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, inviabilizam a fixação de regime menos gravoso" (AgInt no AREsp 675.715/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 28/11/2017).
> Agravo regimental desprovido."

> (AgRg no REsp 1743432/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 11/10/2018).
>
> "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. O Tribunal de origem apresentou fundamentação concreta, hábil a justificar a aplicação do regime prisional mais gravoso, destacando o quantum da pena (7 anos de reclusão), a reincidência, e a quantidade e a natureza da droga apreendida (104,06g de cocaína).
> 2. Agravo regimental improvido."
> (AgInt no AREsp 1068518/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 30/05/2017).
>
> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REDUÇÃO DA PENA-BASE. INOVAÇÃO RECURSAL. REGIME INICIAL FECHADO. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES DO RÉU E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. REINCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. A questão atinente à redução da pena-base não foi postulada no recurso especial e, por isso mesmo, não foi apreciada no decisum ora impugnado. Assim, o pedido formulado no agravo regimental constitui indevida inovação recursal, a obstar o seu exame.
> 2. Embora o réu haja sido condenado a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, ressalto que a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena, tal como consignado na decisão agravada, foi justificada na reincidência do réu e na valoração negativa dos seus antecedentes e das consequências do delito. Tais circunstâncias, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, inviabilizam a fixação de regime menos gravoso.
> 3. Agravo regimental não provido."
> (AgInt no AREsp 675.715/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017).

Ademais, não se configura *bis in idem* a utilização da condenação transitada em julgado para fins de agravar a pena a título de reincidência na segunda fase da dosimetria da pena e a fixação de regime imediatamente superior ao previsto, diante da quantidade da pena, em razão da reincidência do réu, uma vez que ambas as situações possuem previsão legal, consoante a interpretação dos artigos 33, § 2º, *a* e *b*, e 61, I, do Código Penal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, "b", do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial .

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator