RECURSO ESPECIAL Nº 1.805.993 - SP (2019/0096636-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	EICON EDUARDO BATISTA FERREIRA (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNO SHIMIZU - DEFENSOR PÚBLICO - SP281123
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **EICON EDUARDO BATISTA FERREIRA** 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, § 3º, 59 e 44, todos do Código Penal.

Aduz que o regime inicial fechado foi fixado com fundamento na hediondez e gravidade abstrata do delito.

Defende 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.

Assevera ainda, que, diante da pena aplicada de 1 ano e 8 meses, "que se encontram presentes os demais requisitos do artigo 44, do Código Penal, porquanto: (1) o crime praticado não se deu com forma violenta ou grave ameaça à pessoa; (2) o réu não é reincidente e (3) os motivos e circunstâncias que se deram no delito permitem essa substituição, tanto que a pena-base deveria ter sido fixada no mínimo legal, sendo as condições judiciais favoráveis" (e-STJ, fl. 245).

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 230-248).

Admitido parcialmente o inconformismo (e-STJ, fls. 270-272), os autos ascenderam ao STJ.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso especial ou, caso superada essa fase, pelo seu desprovimento (e-STJ, fls. 282-287).

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 inicial fechado, *in casu*, é o adequado e suficiente ao caráter preventivo e repressivo da carcerária, não se olvidando que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.
> Também não era o caso de substituição da pena corporal do apelante por alternativa ou concessão de *sursis*.

> É certo que a decisão do colando Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS, consolidada pela Resolução n° 5 do Senado Federal, reconheceu ser possível a aplicação do art. 44 do Código Penal para os delitos previstos na Lei de Drogas; contudo, não afastou do julgador natural o poder de efetuar tal conversão levando em conta as circunstâncias concretas de cada caso, o que nem se cogita no presente, pois se entende que o deferimento dos benefícios poderia incentivar o apelante a permanecer na senda de crime tão nefasto." (e-STJ, fl. 184).

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 (62,1 gramas de maconha e 66,6 gramas de cocaína - e-STJ, fl. 183).

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, § 2°, "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), 10 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator