RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.478 - SP (2019/0085471-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE	:	RONALDO DOS SANTOS LEMOS
ADVOGADOS	:	PATRÍCIA LUCÍOLA DIAS DE MORAIS - DEFENSOR PÚBLICO - SP205731 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial em face de acórdão que manteve o regime fechado para o início de cumprimento da pena.

Sustenta a defesa ausência de fundamentação idônea na fixação do regime inicial mais grave, ao tempo em que assevera a primariedade e os bons antecedentes do acusado.

Pugna pelo provimento do recurso para que seja fixado o regime inicial aberto, conforme o art. 33, § 2º, *c*, do CP.

Contrarrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

DECIDO.

O recorrente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 166 dias-multa.

Ao manter o regime fechado, o acórdão combatido utilizou-se dos seguintes fundamentos:

> A matéria a ser reapreciada restringe-se à fixação do regime prisional.
> Neste ínterim, o regime fechado adequado é mesmo o fechado, porque, além da fundamentação já exposta no v. Acórdão de fls. 170/178, é incabível e inadequado seu abrandamento: **a conduta apenada é a de trazer consigo 26 (vinte e seis) pedras de crack, com o intuito de comercializar com terceiros.**
> **Veja-se que a conduta do acusado extrapolou em muito a repressão natural do tipo penal referente ao tráfico de drogas, pois a natureza dos entorpecentes apreendidos (crack) 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 criminosa.**
> **Assim, considerada a extensão da ofensa ao bem jurídico protegido, 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.
> Ante o exposto, mantém-se o regime fechado a Ronaldo dos Santos Lemos.

Como se vê, foi fixado o regime mais gravoso com base, além da gravidade abstrata da conduta, na quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos.

Quanto ao ponto, sabe-se que, nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos idôneos, em princípio, para justificar o recrudescimento do regime e a negativa de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Todavia, não sendo o volume expressivo, como no caso, em que foram apreendidos apenas 26 pedras de "crack", com peso total de 7,8 gramas (fl. 1), a fixação do regime mais severo revela-se desproporcional e, portanto, descabida. A propósito:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PATAMAR DIVERSO DE 2/3. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ILEGALIDADE. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ADMISSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> 1. A incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em patamar diverso de 2/3, sem a apresentação de justificativa idônea configura constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.
> 2. **Não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime aberto, em coerência com a orientação firmada nas Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF e, conforme dispõe o art. 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal.**
> 3. Tratando-se de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo-lhe favoráveis as circunstâncias previstas no art. 59 do CP, é possível a substituição da pena privativa restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP.
> 4. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.
> 5. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 371.888/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016).

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REFORMATIO IN PEJUS. CONSECTÁRIOS. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.
> [...]
> 3. **Uma vez que o paciente foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, era tecnicamente primário ao tempo do delito, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal e foi beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (a qual visa, justamente, a beneficiar o chamado "traficante eventual"), deve ser fixado o regime inicial aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao preconizado pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Da mesma forma, a favorabilidade das circunstâncias mencionadas evidencia que a substituição da pena por restritivas de direitos se mostra medida socialmente recomendável, de acordo com o art. 44, III, do Código Penal.**
> 4. Ordem concedida, a fim de: a) reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em favor do paciente, aplicá-la no patamar de 1/2 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 2 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa; b) fixar o regime aberto de cumprimento de pena; c) determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais (HC 484.438/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 25/04/2019).

Assim, sendo o réu primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, não sendo significativa a quantidade dos entorpecentes apreendidos e, tendo a pena final sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, de rigor a alteração para o regime inicial aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, c, do Código Penal, sendo devida, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos dos art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, a fim de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo das execuções.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator