AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.480.827 - SP (2019/0106242-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	LUCIANO TAVARES FEITOSA (PRESO)
ADVOGADOS	:	MARLISE COSTA GIRARDELI - DEFENSOR PÚBLICO - SP122910 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **LUCIANO TAVARES FEITOSA** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, violação dos artigos 33, § 2º, *c*, e 44, todos do Código Penal.

Alega 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 é primário, tem bons antecedentes e as circunstâncias judiciais foram favoráveis.

Apresentada contrarrazões (e-STJ, fls. 332-336).

O recurso não foi admitido com fundamento na incidência das Súmulas 7/STJ e 284/STF (e-STJ, fls. 340-341). Daí este agravo (e-STJ, fls. 347-354).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (e-STJ, fls. 377-380).

É o relatório.

Decido.

O Tribunal *a quo* fixou o regime inicial fechado e indeferiu o pleito de permuta da pena, com os seguintes fundamentos:

> "Assiste razão ao Ministério Público, também ao pretender a revogação da substituição da pena corporal por restritiva de direito, bem como a imposição do regime fechado.
> Com efeito, não obstante a edição da Resolução n° 5, de 15/02/2012, e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei n° 11.343/06 pelo C. STF, nos autos do HC 97256/RS, na parte em que "vedada a conversão em penas restritivas de direitos pelas circunstâncias do caso concreto, não se mostra socialmente recomendável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da quantidade e nocividade dos tóxicos apreendidos (crack e cocaína), com a observação de que o apelante, com seu ilícito comportamento, procurava difundir e disseminar o uso de drogas, que, na maioria das vezes, atinge pessoas jovens, infelicitando-as e arruinando suas vidas futuras.
> [...]
> Quanto ao regime prisional para o desconto da pena privativa de liberdade, há de ser alterado para o inicial fechado, por duas razões principais: a uma, porque atende ao disposto no artigo 33, § 3°, do

> Código Penal e, a duas, porque o delito pelo qual foi o apelante condenado tráfico de drogas, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da intranqüilidade social, além da desagregação da instituição familiar" (e-STJ, fls. 266-268).

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 (66,1 gramas de maconha, 38,5 gramas de cocaína e 7,6 gramas de *crack* - e-STJ, fl. 253).

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 fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, "c", do RISTJ, **conheço** do agravo, para **dar parcial provimento** ao recurso especial, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator