RECURSO ESPECIAL Nº 1.806.388 - SP (2019/0099922-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
RECORRENTE	:	IGOR JOSE GOMES (PRESO)
ADVOGADO	:	RENATO TEIXEIRA - SP361886
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por IGOR JOSÉ GOMES, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *b*, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A controvérsia tratada nos autos foi devidamente relatada no parecer ministerial às e-STJ fls. 274/275:

> *Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, a, e c, da CF/88 contra acórdão do TJ/SP, em 3ª Câmara de Direito Criminal, que negou provimento à apelação da defesa, mantendo a condenação do réu à reclusão de um ano e 8 meses, em regime fechado, pela prática do crime do art. 33 da Lei n. 11.343/06.*
>
> *2. O recorrente alega que o tribunal a quo* ***violou os arts. 33, 44 e 59, do CP, pois fixou o regime inicial fechado, sem fundamentação idônea, e deixou de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da gravidade em abstrato do crime de tráfico de drogas****. Cita julgados de tribunais estaduais e realiza o cotejo analítico, fundamentando a divergência.*
>
> ***Requer, ao final, o estabelecimento do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade****.*
>
> *3. Contrarrazoado pelo MP/SP (f. 243-256) e parcialmente admitido na origem (f. 258-260).* (Grifei)

Ao final do parecer, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso nos termos desta ementa (e-STJ fl. 274):

> *RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 33, 44 E 59 do CP. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.*
>
> *- A referência genérica à gravidade do crime tráfico de drogas não constitui motivação idônea para justificar a imposição de*

> *regime prisional mais severo.*
>
> *- Cumpridos os requisitos do art. 44 do CP, é direito subjetivo do apenado a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*
>
> *Pelo provimento.*

É o relatório.

Decido.

Quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos delitos a eles equiparados.

No caso, o Tribunal local manteve a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena corporal fixada em 1 ano e 8 meses de reclusão – aplicada ao recorrente pelo tráfico de **4,63g (quatro gramas e sessenta e três centigramas) de cocaína e de 1,29g (um grama e vinte e nove centigramas) de maconha** – com apoio nestas razões de decidir (e-STJ fls. 169/171):

> *Quanto ao regime inicial, também **não há qualquer reparo a ser realizado, sendo de rigor a fixação do regime fechado ao apelante**.*
>
> *Isto **em decorrência da gravidade em concreto da conduta do traficante, responsável pelo esgarçamento do tecido social e fomentador de diversos outros crimes que igualmente prejudicam a vida em sociedade, notadamente aqueles cometidos contra o patrimônio**, v.g., o roubo e o latrocínio, **não sendo por outro motivo que o constituinte destinou ao tráfico de drogas tratamento mais severo** (artigo 5º, XLIII, CRFB).*
>
> *Anote-se que no caso vertente, o acusado **foi surpreendido na posse de cocaína, entorpecente altamente vulnerante e pernicioso**.*
>
> *Logo, não é possível cogitar-se regime prisional mais brando, tendo em vista que tal benesse é insuficiente para a correta repressão do delito em análise, dado as circunstâncias concretas do crime em apreço, nos termos dos artigos 33, § 3º, do Código*

> *Penal, não se cogitando em ofensa às Súmulas n° 718 e 719, do STF, e 440 do STJ.*
>
> [...]
>
> *Não se descuida de que a Suprema Corte tenha decidido que o tráfico 'privilegiado' não mais pertence ao rol dos crimes assemelhados a hediondos e que recentemente a Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça foi cancelada, contudo, a prática ainda continua sendo tipificada como tráfico,* ***não se podendo beneficiar criminosos com imposição de regime de cumprimento de pena insuficiente à prevenção de crime que assola tão severamente a sociedade, ou mesmo se aventar que um traficante possa prestar serviços comunitários****.* (Grifei)

Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal) e, tratando-se dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, desde que sejam apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, o que não ocorreu na espécie.

A propósito:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. MONTANTE DA PENA QUE ENSEJA O REGIME INICIAL SEMIABERTO.*
>
> *1. O regime mais gravoso que o patamar de pena aplicada pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, conforme o teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.*
>
> *2. In casu, o regime fechado foi estabelecido pelo Tribunal de origem com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito, fundamentação que deve ser afastada. Verificada a quantidade de droga insuficiente para, por si só, justificar regime prisional mais gravoso e o quantum da pena privativa de liberdade*

> *inferior a 8 (oito) anos, faz jus o paciente ao regime semiaberto.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido* (AgRg no HC 383.584/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017).
>
> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS. MANIFESTA ILEGALIDADE. PRIMARIEDADE DO AGRAVADO E AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULAS 718 E 719/STF; E 440/STJ. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. CORRETA APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, B, DO CP.*
>
> [...]
>
> *2. A fixação do regime inicial fechado não pode decorrer da obrigatoriedade prevista no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, como é de conhecimento comum no meio jurídico. Precedentes.*
>
> *3. Estipulada a pena-base no mínimo legal (5 anos de reclusão) e não ostentando o agravado antecedentes criminais, é descabida a fixação de regime mais gravoso sem a existência de fundamentação idônea, nos termos das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *4. O acórdão originário está em confronto com a jurisprudência dominante desta Corte Superior e levando-se em consideração a penal final cominada ao agravado (5 anos de reclusão), é permitida a imposição do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.*
>
> *5. Agravo regimental improvido* (AgInt no REsp 1464826/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017).

Como se depreende da transcrição acima, o Tribunal *a quo* estabeleceu o regime prisional fechado com alicerce na hediondez e na natureza altamente deletéria de uma das drogas apreendidas.

Contudo, tenho que **4,63g (quatro gramas e sessenta e três centigramas) de cocaína** não revelam quantidade considerável de entorpecente a ponto de se sobrepor à primariedade, aos bons antecedentes, às circunstâncias judiciais favoráveis, à

concessão do redutor na fração máxima de 2/3 e ao montante da sanção corporal fixado em apenas 1 ano e 8 meses de reclusão.

Diante desse quadro, a fixação do regime fechado vai de encontro ao teor dos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, bem como do enunciado da Súmula n. 440 desta Corte, que assim dispõem:

> *Enunciado 718/STF: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".*
>
> *Enunciado 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".*
>
> *Enunciado 440/STJ: "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".*

Sob tal perspectiva, impõe-se a fixação do regime inicialmente aberto para cumprimento da reprimenda.

Por fim, não obstante o silêncio da Corte local acerca da matéria, a pena corporal deve ser convertida em restritivas de direitos em razão do montante da pena corporal imposta – 1 ano e 8 meses de reclusão – e pelo fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de se tratar de réu primário e portador de bons antecedentes, com redutor fixado no máximo legal.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da sanção e para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos – a serem estipuladas pelo Juízo da Execução Penal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator