

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.479.355 - SP (2019/0103168-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : ERIVELTON SALES LOPES (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 contra decisão que inadmitiu recurso especial manejado em face de acórdão, provendo apelação ministerial para condenar ERIVELTON SALES LOPES à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Embargos de declaração rejeitados (e-STJ fls. 203/208).

Nas razões do recurso especial, fulcrado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega a Defensoria Pública contrariedade ao disposto nos arts. 33, § 2º, "c", e 44, ambos do Código Penal.

Invocando a Súmula n. 440/STJ, aduz que "Ao fixar a pena do apelante em 05 (cinco) anos de reclusão e, após aplicar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, resultando em uma pena definitiva de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses, não há o que se falar senão do regime **aberto** para o início do cumprimento da sentença, já que as circunstâncias judiciais descritas no artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, revelaram-se favoráveis" (e-STJ fl. 219).

Prossegue sustentando o preenchimento dos requisitos necessários para a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contra-arrazoadado (e-STJ fls. 228/232), o recurso foi inadmitido (e-STJ fls. 235/236), motivando o presente agravo.

Contraminuta às e-STJ fls. 255/258 e manifestação ministerial,

nesta instância, pelo provimento do agravo e parcial provimento do recurso especial, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 272):

Agravo em recurso especial. Drogas, i) Fixada a pena-base no mínimo legal e aplicada a minorante pelo tráfico privilegiado, nada obstante, é legal fixar um regime prisional mais gravoso em atenção à quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas. Precedente. Art. 33, § 3º, do CP c/c art. 42 da Lei 11.343/06. Considerando o quantum da sanção aplicada, as condições judiciais favoráveis e sendo o réu primário o regime mais gravoso é o semiaberto. ii) Substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Diversidade e natureza das drogas valoradas negativamente. Óbice do art. 44, III, do CP. Entendimento em harmonia com o STJ. Súmula 83/STJ. Parecer pelo provimento do agravo e parcial provimento do recurso especial.

É o relatório. Decido.

O agravo é tempestivo e foram impugnados os argumentos do despacho de inadmissibilidade.

Passo, então, a analisar o recurso especial.

São estes, no que interessa, os fundamentos do acórdão recorrido (e-STJ fls. 172/175):

Inobstante o quantum da pena privativa de liberdade inviável a sua substituição por pena restritiva de direitos, mesmo diante do quanto reconhecido pelo Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no HC nº 98.769/SP e, Resolução nº 5, de 15.02.2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, declarada inconstitucional pelo Guardião Maior da Carta Constitucional.

E que, no caso, a substituição fará com que a pena privativa de liberdade aplicada perca consideravelmente a sua força retributiva e preventiva diante do gravíssimo crime de tráfico de drogas, mesmo que na sua forma privilegiada, ante a qualidade e diversidade das drogas, que, se não se apresenta como fator impeditivo da incidência do redutor, ao menos deve agir para impedir a substituição.

O regime prisional deve ser o inicial fechado considerando as circunstâncias em que o crime foi praticado, com quantidade e variedade de droga, evidenciando perigosidade incomum do

Apelado e, a fixação de regime mais brando seria insuficiente para a reprovação e prevenção de sua grave conduta.

Quanto à maconha, vale lembrar os ensinamentos de CARLOS FERNANDES SANDRIN e JAQUES DE CAMARGO PENTEADO {Drogas: Imputabilidade e Dependência, Edições APMP, São Paulo, 1994, p. 23}, no sentido de que um "fininho" de maconha pesaria em média 0,76g, com isso, os 42,3g apreendidos seriam suficientes para a confecção de mais de 55 "fininhos", que serviriam para o consumo de diversos usuários.

Quanto à cocaína, merece destaque o quanto consignado pelo eminente Desembargador GERALDO WOHLERS, insigne ex-integrante desta Colenda Terceira Câmara de Direito Criminal, quando do julgamento do Agravo em Execução nº 7001829-94.2014.8.26.0198, aos 27.01.2015, amparado em precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça:

[...]

Os 15,3g de cocaína apreendidos com o Apelado seriam o suficiente para confecção de cerca de 765 doses letais, que serviriam, da mesma forma, para alimentar o vício de inúmeros usuários.

Tais circunstâncias não podem ser desprezadas no momento da análise da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, bem como quando da fixação do regime prisional.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

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.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, contudo, o regime fechado foi estabelecido em razão da quantidade e variedade de drogas apreendidas, não obstante tenha sido o agravante, primário e portador de bons antecedentes, condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Entretanto, a natureza e a quantidade de entorpecente apreendida - **42,3 gramas de maconha e 15,3 gramas de crack** - não autorizam o seu maior abrandamento, impondo-se a alteração para o regime semiaberto.

Quanto à possibilidade de substituição da pena, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

Entendo, todavia, que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que as circunstâncias do caso, qual seja a diversidade e a quantidade do entorpecente apreendido, não recomendam a substituição.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO

ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PRECEDENTES. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

III - Ademais, a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta requer fundamentação específica, baseada em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

IV - No caso, aplicada a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, entendo que deve ser estabelecido o regime inicial intermediário, nos termos do art.33, § 3º, do Código Penal, e do art.42 da Lei de Drogas. A quantidade e variedade dos entorpecentes podem ser utilizadas como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06. . Precedentes.

V - O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC n. 97.256/RS, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, passou a admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

VI - Na espécie, a quantidade de entorpecentes apreendidos não recomenda a substituição da pena, nos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela . Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem de ofício para, confirmando a liminar anteriormente concedida (fls. 65-68), fixar o regime semiaberto para resgate da reprimenda, mantido os demais termos da condenação. (HC 507.551/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 20/05/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS DO DESPACHO DE INADMISSIBILIDADE INATACADOS. INCIDÊNCIA DA SÚM. N. 182/STJ. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. 21,29 DE COCAÍNA/CRACK. HC DE OFÍCIO.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. No caso, as instâncias ordinárias fixaram o regime inicial fechado, mais gravoso do que a pena de 2 (dois) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão comporta, com lastro na natureza e na quantidade da substância entorpecente apreendida - 21,29 de cocaína/crack - hipótese que autoriza a fixação do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, não se mostrando recomendável, todavia, a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direito (art. 44, III, do CP). Precedentes.

4. Agravo regimental não provido. Concedido HC de ofício para fixar o regime prisional semiaberto. (AgRg no AREsp 1422004/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PENA TOTAL INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E RÉU PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE DE AGRAVAR O ASPECTO QUALITATIVO DA REPRIMENDA. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. VARIEDADE E NATUREZA LESIVA DOS ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO DE ORDEM OBJETIVA PREVISTO NO ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL - CP. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE

OFÍCIO.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal - CP, em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Na hipótese dos autos, embora o paciente seja primário, as circunstâncias judiciais serem favoráveis, a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, tendo sido reduzida inclusive com o patamar máximo do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a pena aplicada ser inferior a 4 anos (1 ano e 8 meses de reclusão), permitir em tese o regime aberto, a quantidade e a variedade de drogas apreendidas (4 porções de cocaína, 05 porções de crack e 09 porções de maconha, 1, 960g, 1,020g e 15,540g, respectivamente), justifica o regime mais grave a ser imposto, que, no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, §3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06, e em consonância com a jurisprudência de ambas as Turmas que julgam matéria criminal nesta Corte Superior de Justiça.

4. É cediço que, mesmo nas hipóteses de pena-base no mínimo legal, é possível agravar somente o aspecto qualitativo da reprimenda (regime) para se chegar a uma resposta suficiente à reprovação e à prevenção do delito.

5. Incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direito, nos termos do artigo 44, inc. III, do CP, devido a variedade e a natureza altamente lesiva dos entorpecentes apreendidos (cocaína e crack), assim, como também, pelo fato de que o paciente praticava a mercancia espúria em local público e movimentando, conhecido como ponto de venda de drogas (fl. 25). Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional semiaberto para o início de cumprimento de pena do paciente. (HC 492.179/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA,

julgado em 23/04/2019, DJe 06/05/2019)

Diante do exposto, **conheço do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial** para estabelecer o regime semiaberto, inviável a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

