RECURSO ESPECIAL Nº 1.814.062 - SP (2019/0140590-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
RECORRENTE	:	J P R DE L M
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO WILD AFONSO OGAWA FILHO - DEFENSOR PÚBLICO
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

JOÃO PAULO RODRIGUES DE LA MAJOR interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0000176-23.2017.8.26.0603).

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado à pena de **1 ano e 8 meses de reclusão**, em **regime inicial fechado**, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto trazia consigo **40,74 g de cocaína**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Em apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, para manter a sentença condenatória em todos os seus termos.

Nas razões do recurso, a defesa pretende que seja **fixado regime inicial aberto e determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**.

Contrarrazões às fls. 360-365 e decisão de admissibilidade à fl. 368.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo **provimento** do recurso especial.

Decido.

No que tange ao **modo de cumprimento de pena**, verifico que o Tribunal de origem manteve a fixação do regime inicial **fechado**, conforme a seguir descrito (fls. 326-327, grifei):

No tocante ao regime inicial, embora exista entendimento

> quanto à possibilidade de fixação de regime diverso do fechado ou até da aplicação de penas alternativas para o tráfico ilícito de entorpecentes privilegiado, tem-se que a gravidade concreta do delito e o dano social que este provoca fazem com que tais medidas, ao menos no caso em tela, não se mostrem adequadas para a repreensão da conduta do recorrente, **notadamente pela quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos (cocaína)**.
> Destaque-se que o subscritor não ignora os termos das Súmulas 440 do STJ, bem como 718 e 719 do STF, as quais também orientam a fixação do regime; mas entende como adequado que o início do cumprimento de pena ocorra no regime fechado, também porque a fixação de regime diverso ou a substituição por penas alternativas incentivariam o comércio ilegal de drogas, causando à sociedade a sensação de impunidade e banalização do crime.

Não se pode olvidar que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Na espécie, constato que o Tribunal de origem manteve a imposição do regime inicial fechado, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas.

Contudo, embora haja sido mencionado fundamento concreto e idôneo, entendo que o regime inicial fechado se mostra excessivamente gravoso no caso. Isso porque o recorrente era tecnicamente **primário** ao tempo do delito, foi condenado à **pena inferior a 4 anos** de reclusão, a pena-base foi estabelecida no **mínimo legal** e foi **agraciado com a minorante** prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o "traficante ocasional".

Ademais, registro que, **embora haja sido apreendido**

cocaína em poder do acusado (substância entorpecente dotada de alto poder viciante), a quantidade da droga não foi elevada (**40,74 g de cocaína**), de modo que a natureza da substância não pode, por si só, ensejar a imposição de regime inicial mais gravoso de cumprimento de pena, notadamente quando verificado que **todas as demais circunstâncias são favoráveis ao acusado, que foi condenado à reduzida reprimenda de 1 ano e 8 meses de reclusão**.

Portanto, à luz das particularidades do caso concreto, entendo que o regime inicial **aberto** é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

De igual sorte, no que tange à pretendida **substituição da pena por restritiva de direitos**, vê-se que o Tribunal de origem negou a substituição da pena privativa de liberdade sem mencionar qualquer elemento concreto dos autos que, de fato, evidenciasse que a substituição da reprimenda não se mostra medida socialmente recomendável.

Registro que, para a concessão do benefício, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram previstos no art. 44 do Código Penal.

No caso, tendo em vista que todas as circunstâncias são **favoráveis** ao acusado (conforme já salientado por ocasião da escolha do regime inicial de cumprimento de pena), não vejo como concluir que a substituição da reprimenda não seja medida socialmente recomendável.

Portanto, entendo evidenciada a apontada violação legal, razão pela qual deve ser substituída pena privativa de liberdade do recorrente por **duas** restritivas de direitos, **as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais**, à luz das peculiaridades do caso concreto.

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do Código de Processo Civil de 2015, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, e no art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, **dou provimento ao recurso especial**, a fim de estabelecer ao recorrente o **regime inicial aberto** de cumprimento de pena e **determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos**, as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais, à luz das peculiaridades do caso concreto (Processo n. 0000176-23.2017.8.26.0603, da

2ª Vara Criminal da Comarca de Araçatuba – SP).

Em tempo, corrija-se a autuação para fazer constar o nome do recorrente por extenso, tendo em vista que, na espécie, não há motivo legal para a ocultação de sua identidade.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**