RECURSO ESPECIAL Nº 1.808.990 - SP (2019/0115150-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE	:	MARLON COSTA PINTO
ADVOGADO	:	THIAGO PINAS WENCESLAU - SP361935
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO PELA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. SÚMULA N. 568/STJ. INCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CABIMENTO. REQUISITOS PREENCHIDOS. PARECER PELO PROVIMENTO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **MARLON COSTA PINTO** com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O MM. juízo de primeiro grau **condenou** o recorrente como incurso nas sanções delito previsto no artigo 33, **caput**, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de **4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão**, em regime inicial **fechado**, mais 420 dias-multa (fls. 148-152).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de **apelação criminal**, com vistas à reforma da sentença condenatória. No Tribunal de origem, o recurso foi parcialmente provido, em decisão unânime, para se alterar o patamar previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e reduzir a reprimenda para **3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão**, mantido o regime inicial **fechado**, mais 375 dias-multa (fls. 235-246). Eis a **ementa** do acórdão:

> "*APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas privilegiado. Sentença Condenatória. Defesa objetiva, em síntese, a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, postula a redução da pena -base aplicada para o mínimo legal, aplicação da benesse do art. 33, § 4°, da Lei de Drogas em seu*

patamar máximo, fixação de regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. No mérito, materialidade e autoria bem delineadas. Negativa de autoria isolada. Provas dos autos sustentam de forma clara a condenação. Dosimetria merece reparo. Redutor que deve ser aplicado no patamar mais benéfico de 1/4 (um quarto). Regime fechado mantido, sendo o único cabível ao caso concreto.

Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Recurso parcialmente provido."

Nas **razões do recurso especial**, interposto com fulcro na alínea **a**, do permissivo constitucional, o recorrente sustenta violação ao art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/2006, e ao art. 33, § 2º, **c**, do Código Penal. Para tanto, argumenta que:

a) "*[...] no que tange ao estabelecimento do regime inicial, que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência pacifica , consolidada na súmula 440, no o) sentido de que fixada a pena-base abaixo do mínimo legal,é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta , com base na gravidade abstrata do delito*" (fl. 256).

b) "*A jurisprudência firmou ao o entendimento no sentido de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4° do artigo 33 da Lei n.11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstancias judiciais previstas no art.59 do Código Penal e, especialmente o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas*" (fl. 257).

Apresentadas as **contrarrazõe**s (fls. 261-279), o recurso foi **admitido** na origem (fls. 282-283) e os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, manifestou-se pelo **provimento do recurso especial** (fls. 300-307).

É o relatório.

Decido.

O recurso merece prosperar.

Inicialmente, no que concerne ao pleito do recorrente no sentido de que deve ser alterado, **in casu**, o patamar da minorante inserta no artigo 33, § 4°, da Lei n. 11.343/2006, constato que o pleito merece prosperar.

O MM. Juízo de primeiro grau, ao prolatar a sentença condenatória, considerou como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, bem como aplicou a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em decisão de termos seguintes:

"*Tendo em vista a normal intensidade da conduta do réu, que não desdobrou o dolo mínimo necessário para a configuração do delito, a natureza da droga apreendida e demais circunstâncias e consequências do crime,* ***fixo a pena-base em seu mínimo legal****, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e multa de 500 (quinhentos) dias-multa, cada dia-multa no seu mínimo legal.*

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Reconheço a causa de diminuição do § 4° do art. 33 da Lei 11.343/06, eis que se trata de réu primário e de bons antecedentes, não havendo provas nos autos de que se dedique a atividade criminosa e nem que integre organização criminosa, razão pela qual, considerando a quantidade das drogas apreendidas (STJ - HC n° 178.964/DF, Rel. Min.

Laurita Vaz, j. 09/08/2011), reduzo a pena em 1/6 (um sexto), a resultar na reprimenda final de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e multa de 420 (quatrocentos e vinte) dias-multa, cada dia-multa no seu valor mínimo legal" (fl. 151, grifei).

O eg. Tribunal **a quo**, ao analisar a **quaestio**, alterou o patamar de aplicação da referida causa de diminuição, para **1/4 (um quarto)**, pela seguinte fundamentação, **verbis**:

"*Cabe à prudência do Magistrado determinar o grau de diminuição da pena, de acordo com parâmetros que entender razoáveis e proporcionais.*

A natureza, principalmente, da cocaína, de alto poder viciante, exige maior reprovação por parte do Estado Juiz.

Embora a Lei 11.343/06 não tenha delimitado expressamente os parâmetros para o cálculo da redução da pena nos moldes da norma em comento, que pode se dar entre 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços), têm-se admitido considerar as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal e, principalmente, o disposto no artigo 42 da legislação especial.

[...]

In casu, apesar de o réu ser primário e de não ostentar maus antecedentes, é imperioso considerar-se que a natureza e quantidade da droga apreendida denotam maior reprovação à sua conduta.

Assim, considerando a quantidade de entorpecente encontrada em poder do acusado e também levando em conta a natureza altamente lesiva da cocaína, que causa efeitos devastadores no organismo humano e no convívio em sociedade, entendo ser suficiente e adequada a redução no patamar de 1/4 (um quarto).

Assim, as penas alcançam 03 (três) anos e 09 (nove) meses, de reclusão, além de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, no piso.

Estabeleceu-se o regime inicial fechado, o qual não merece atenuação.

[...]

No caso, além de possuir elevado e negativo impacto social, a conduta do apelante revestiu-se de enorme gravidade, decorrente da nocividade dos entorpecentes apreendidos, das peculiaridades da abordagem e hediondez do crime, exigindo tratamento mais rigoroso e severo, devendo ser submetido ao regime de segregação total até que, paulatinamente, possa ser reinserido no corpo social.

Nesse sentido, o regime fechado é aquele que mais se coaduna com os objetivos acima e com o caráter ressocializador da pena, capaz de incutir no acusado a terapêutica prisional.

Note-se que não há que se falar em ofensa às Súmulas 718 e 719, ambas do C. Supremo Tribunal Federal, nem tampouco à Sumula n° 440 do C. Superior Tribunal de Justiça, porquanto o estabelecimento de tal regime decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião deste julgador.

Pelos mesmos motivos, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao apelo, para o fim de reduzir a pena de MARLOS COSTA PINTO ao montante de 03 (três) anos e 09 (nove) meses, de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias -multa, no piso legal, mantendo-se, no mais, a r. sentença atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos." (fls. 235-246, grifei)

Como se vê do excerto em referência, o eg. Tribunal de origem concluiu que o ora recorrente não fazia **jus** à alteração maior do percentual da referida causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, como requerido pela Defesa, porém, **sem** apresentar fundamentação ou motivação adequadas para tanto.

Da leitura da sentença proferida pelo MM. Juízo de primeiro grau,

constata-se que o recorrente teve a sua pena-base fixada no mínimo legal, em razão da **ausência de circunstância judicial desfavorável**. Na segunda fase, não houve circunstâncias agravantes ou atenuantes. De igual modo, na terceira fase, não foram consideradas causas de aumento ou de diminuição de pena.

No que diz respeito à quantidade de droga apreendida, *35 (trinta e cinco) porções de cocaína*, conforme **Auto de Exibição e Apreensão** (fl. 12), esta não representa grande quantidade ou tão pouco apresenta variedade, circunstâncias que permitem a aplicação da referida causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo.

Portando, **mostra-se incorreto o v. acórdão objurgado**, tendo em vista que **não** se encontra em consonância com o entendimento estabelecido nesta Corte Superior de Justiça, no sentido de que "*Considerando-se a **favorabilidade das circunstâncias judiciais** e a **pequena quantidade de drogas** apreendidas, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em **2/3 (dois terços)***" (AgRg no REsp n. 1.796.165/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 4/6/2019, grifei), como se deu no caso dos autos.

Conforme mencionou o ilustre representante do Ministério Público Federal, em seu d. parecer: "*Em relação ao patamar da minorante do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, verifica-se a existência de ilegalidade flagrante, apta à concessão de Habeas Corpus de ofício*" (fl. 303). Nesse sentido, confira-se:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. FRAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). APLICABILIDADE DO PATAMAR MÁXIMO DE 2/3. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REDUÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART.*

33 E ART. 44, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFICIO.

[...]

2. ***A causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 poderá ser aplicada quando cumpridos os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não dedicar-se a atividades criminosa e não integrar organização criminosa. Na hipótese em apreço, resta evidenciado o constrangimento ilegal, porquanto não houve comprovação de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, e, apesar da natureza da droga apreendida (crack), a quantidade foi pequena (10g), o que por si só não justifica a aplicação da fração mínima em patamar inferior ao máximo (2/3), conforme o entendimento desta Quinta Turma****.*

3. ***Em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código Penal - CP), a pena-base ter sido mantida no mínimo legal, ter sido aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3, a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP) e a quantidade de droga apreendida não ter sido expressiva, o regime a ser imposto deve ser o aberto, de acordo com o disposto no art. 33, 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma****.*

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa, fixar o regime prisional aberto para o cumprimento da pena, bem como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções." (HC n. 478.595/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 2/4/2019).

Assim, considerando que o acórdão recorrido **não** está em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça acerca do tema, incide, **in casu**, a **Súmula n. 568/STJ**, que assim dispõe, **verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá* ***dar*** *ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Com efeito, tendo em vista que, conforme se extrai da sentença

condenatória, bem como do acórdão recorrido, o recorrente possui **bons antecedentes** e **não é reincidente**, aplico o redutor no patamar de **2/3 (um terço)**, conforme sugestão ministerial.

Assim, levando-se em consideração que a pena-base havia sido estabelecida em 05 (cinco) anos de reclusão, aplico a referida causa especial de diminuição de pena no patamar de **2/3 (dois terços)**, ficando a pena estabelecida, definitivamente, em **01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão**, mais 166 dias-multa.

Por derradeiro, no que concerne ao pleito de **modificação do regime** inicial de cumprimento da reprimenda, de igual modo, identifico que **razão assiste ao recorrente**, em seu reclamo. Como ressaltado pelo representante do **Parquet**, em seu d. parecer:

"*In casu, o recorrente é réu primário e a pena-base foi fixada no mínimo legal. Assim, não subsistem justificativas para que seja fixado regime mais gravoso ao sentenciado, na esteira do entendimento desse eg. STJ, conforme exposto no enunciado da Súmula nº 440: "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*" (fl. 305).

Portanto, deve ser acolhido o pleito de **substituição** da reprimenda corporal por penas **restritivas de direitos**, pois, o recorrente preenche os requisitos elencados no art. 44 do Código Penal, e, conforme apontou o parecerista: "*[...] opina o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pelo conhecimento e provimento do recurso especial, para que seja fixado o regime inicial aberto e deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos*" (fl. 307).

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, acolho o parecer ministerial e **dou provimento** ao recurso especial, para reformar o acórdão recorrido e fixar a reprimenda corporal em **01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão**, em regime inicial **aberto**, mais 166 dias-multa, substituída por 02 (duas) penas **restritivas de direitos**, a serem definidas pelo **eg. Colegiado a quo**.

P. I.

Brasília, 14 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator