

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.779.692 - SP (2018/0302268-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE : M C P
ADVOGADO : WENDRIO LUIZ GONZALES NERIS - SP368421
RECORRENTE : G P DE A
ADVOGADO : JÚLIO CÉSAR ROSA - SP167092
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE METADE. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. REGIME INICIAL. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 440/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por M. C. P., com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0014706-14.2015.8.26.0664).

Consta nos autos que a Recorrente foi condenada apenas como incurso no art. 28 da Lei n.º 11.343/06 à pena de advertência sobre os efeitos nocivos da droga (fl. 827).

Irresignado, o Ministério Público estadual recorreu ao Tribunal de origem, que deu provimento à apelação acusatória para condenar a Ré como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 e no art. 12 da Lei n.º 10.826/03, em concurso material, às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, 1 (um) ano de detenção, em regime inicial semiaberto, e 260 (duzentos e sessenta) dias-multa (fl. 965).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 989-992).

Nas razões do recurso especial, aponta-se ofensa ao art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, sustentando-se que a referida causa de diminuição de pena deve ser aplicada em favor da Recorrente no patamar máximo de 2/3 (dois terços).

Alega-se, ainda, ofensa ao art. 33 do Código Penal, c.c. o art. 42 da Lei n.º

Superior Tribunal de Justiça

11.343/06, sob o argumento de que deve ser fixado o regime inicial aberto, pois não se trata de delito hediondo e não há razões que justifiquem a imposição de regime mais gravoso.

Contrarrazões às fls. 1.044-1.053.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral Antônio Carlos Pessoa Lins, opinou pelo não conhecimento do recurso especial, em razão da ausência de prequestionamento e da incidência da Súmula n.º 7/STJ (fls. 1.086-1.087).

É o relatório. Decido.

De início, no tocante à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, a Corte de origem, após analisar o contexto fático-probatório, decidiu aplicar a referida minorante no patamar de 1/2 (metade), em razão da quantidade e da diversidade de drogas apreendidas na espécie – **76g de maconha, 33,4g de crack, 13,5g de cocaína** (fl. 50) –, o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte.

Sobre o tema, confira-se:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. MOTIVAÇÃO NÃO SUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

[...]

2. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porquanto não declinou motivação suficiente para afastar o redutor. O fato de o paciente não ter comprovado o exercício de atividade lícita não é suficiente para se firmar o juízo acerca da dedicação às práticas delitivas, tampouco de seu envolvimento com organização criminosa. A simples menção à quantidade e à variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, dissociada de qualquer outro elemento, não é suficiente para se concluir acerca da dedicação do paciente às atividades criminosas ou participação em organização criminosa, afastando, peremptoriamente, a incidência da referida benesse. **De rigor, pois, a aplicação da minorante em metade, em razão da quantidade e diversidade das drogas envolvidas na empreitada criminosa - 14,5g de cocaína e 172,2g de maconha -, redimensionando-se a reprimenda do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias multa.**

3. Fixada a pena-base no mínimo legal e, aplicada a causa

Superior Tribunal de Justiça

especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sendo a reprimenda final do paciente 2 anos e 6 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

4. Habeas corpus concedido a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções." (HC 429.633/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe de 08/03/2018; sem grifos no original.)

De outra parte, verifica-se que a Corte de origem fixou regimes iniciais mais gravosos para o cumprimento das penas impostas nos seguintes termos:

*"O regime inicial fechado é o aplicável para o **crime de tráfico**, pois sob o prisma da suficiência, é o único compatível, uma vez que se trata de **crime que fomenta outras espécies de ilícitos penais, provoca a degradação do indivíduo e da família brasileira, desvia a juventude da busca de objetivos lícitos e produtivos em favor do bem comum, tudo em troca de um único escopo, o lucro do traficante. Quem promove este sistema e estimula a degradação alheia, merece repreensão severa.***

*Quanto ao **crime de posse de arma** fica estabelecido o regime semiaberto, observando-se que o crime é apenado com detenção, não sendo suficiente o regime aberto, pois os fatos envolveram **grande quantidade de munições, de diversos calibres, elevando a reprovabilidade da conduta.**" (fl. 974, sem grifos no original.)*

Todavia, apesar das considerações acima transcritas, observa-se que a pena-base da Recorrente foi fixada no patamar mínimo legal quanto a ambos os delitos, de modo que, nos termos da Súmula n.º 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".*

Além disso, no caso específico, a quantidade de munições apreendidas em poder da Recorrente – **29 munições** (fl. 373) – não são capazes de sustentar a alegada especial gravidade da conduta. Do mesmo modo, a quantidade de entorpecentes apreendidos na espécie – **76g de maconha, 33,4g de crack, 13,5g de cocaína** (fl. 50) – não justifica a imposição de regime inicial mais severo do que o devido em razão da pena imposta, nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior em casos similares.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse sentido, confira-se:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR EM GRAU MÁXIMO. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. PARÂMETRO IDÔNEO PARA FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. PRECEDENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

2. No caso em análise, a Corte de origem aplicou a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, no patamar de 1/2 (um meio), em razão da quantidade da droga apreendida - **'200 (duzentos) invólucros de cocaína, com peso líquido de 146,8g (cento e quarenta e seis gramas e oito decigramas), bem como 19 (dezenove) invólucros de 'Cannabis sativa L', conhecida como 'maconha', com peso líquido de 20,8g (vinte gramas e oito decigramas)'** -, de modo que não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a primariedade e a inexistência de fundamentação concreta para a fixação do regime diverso do legal, não é possível infligir ao Apenado regime prisional mais gravoso. Entendimento sedimentado nos Verbetes Sumulares n.os 440/STJ, 718/STF e 719/STF.

4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, reformando o acórdão impugnado, **fixar o regime inicial aberto**, em caso de descumprimento da pena restritiva de direitos imposta pela Corte de origem." (HC 472.561/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe de 28/03/2019; sem grifos no original.)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS INIDÔNEOS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Hipótese as instâncias antecedentes, de forma motivada, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a

Superior Tribunal de Justiça

*natureza e a quantidade das drogas apreendidas - **27 porções de cocaína, 15 porções de maconha, 13 porções de crack e 5 frascos de lança perfume**, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/2, o que não se mostra desproporcional.*

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

6. Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos, verificada a primariedade do réu e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o **regime aberto é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP. Precedentes.**

7. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. *Precedentes.*

8. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser estabelecida pelo Juízo Execução.*" (HC 397.379/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe de 28/08/2017; sem grifos no original.)

Portanto, verificando-se que as penas impostas não excedem 4 (quatro) anos de reclusão, que as circunstâncias judiciais foram integralmente favoráveis à Recorrente, que a pena-base foi fixada no mínimo legal e que não houve fundamentação idônea para a imposição de regime inicial mais gravoso, deve ser concedido o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal e da Súmula n.º 440/STJ.

Ante o exposto, CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial a fim de fixar o regime inicial aberto para cumprimento das penas de detenção e reclusão, com condições a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, mantendo-se, no mais, as disposições do acórdão estadual.

Comunique-se ao Juízo de origem.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 07 de outubro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora