

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. REGIME INICIAL. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 440/STJ. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por G. P. DE A., 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 o Recorrente foi condenado 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 o Réu 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 do Código Penal, sob o argumento de que deve ser fixado o regime inicial aberto, pois "*o Recorrente é sujeito que não composta antecedentes criminais, bem como não tem contra si qualquer circunstância que desabone sua personalidade, sua vida privada, bem como sua honra e moral dentro do seio da comunidade*" (fl. 1.015).

Superior Tribunal de Justiça

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.

No caso, 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 do 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 do 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 análogos.

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

Superior Tribunal de Justiça

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 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

Superior Tribunal de Justiça

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 ao 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 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