

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.835.804 - SP (2019/0262328-2)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
RECORRENTE : ARLEY SANTOS VEIGA
ADVOGADOS : PATRÍCIA LUCÍOLA DIAS DE MORAIS - DEFENSORA PÚBLICA - SP205731
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06). Crime caracterizado, integralmente. Flagrante inquestionável. Acondicionamento e quantidade das drogas que revelam comércio. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Militares. Confissão em Polícia, ademais. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento benevolente. Regime inicial fechado único possível. Inviabilidade de substituição da corporal por penas alternativas. Apelo improvido (fl. 168).

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas) e condenado às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de pagamento de 166 dias-multa, conforme a sentença às fls. 114-117.

A defesa do ora recorrente apelou da sentença, pleiteando a absolvição por insuficiência de provas ou a fixação do regime aberto e a substituição da penal.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso (fls. 167-178). Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 219-226).

Na sequência, a defesa interpôs recurso especial, no qual alega violação dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 do Código Penal - CP.

Sustenta, em síntese, que *"se o recorrente é primário, ostenta bons antecedentes e as circunstâncias do delito permitiram a fixação da menor pena possível, conforme reconhecido pelo v. acórdão, é seu direito subjetivo que seja fixado o regime menos gravoso possível. Ademais, nem se argumente que os fundamentos utilizados pelo*

Superior Tribunal de Justiça

v. *acórdão* seriam suficientes para a manutenção do regime mais rigoroso, pois assentados, como visto, essencialmente, na gravidade em abstrato do delito de tráfico e na suposta necessidade de aplicação do regime fechado para a assimilação da terapêutica penal" (fl. 223).

Alega que a gravidade abstrata do delito não justifica a imposição do regime inicial mais gravoso, sendo que o recorrente é primário e de bons antecedentes, devendo ser fixado o regime aberto, bem como possível a substituição da pena corporal.

Contrarrazões às fls. 230-237. O recurso foi admitido à fl. 240. O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso (fls. 249-251).

É o relatório. Decido.

O recurso é tempestivo e a matéria foi prequestionada.

O recurso merece parcial provimento.

No tocante aos artigos 33, §§ 2º e 3º, e 44 do CP, ainda que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP tenham sido consideradas favoráveis e o recorrente seja primário, houve a apreensão de significativa quantidade de drogas (45g de cocaína e 28g de *crack* - fl. 114), restando justificada a segregação inicial em regime mais gravoso, bem como a inviabilidade da substituição da pena corporal.

Todavia, embora constatada a gravidade concreta da conduta do recorrente, considerando o *quantum* da pena aplicada – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão –, o regime mais gravoso na hipótese é o semiaberto, consoante a jurisprudência desta Corte. A corroborar esse raciocínio:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS.
RECRUDESCIMENTO DO REGIME PRISIONAL E NEGATIVA DE
SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA. QUANTIDADE E
DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS.
FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL
DESPROVIDO.**

1. No que tange ao regime de cumprimento de pena, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. No presente caso, em atenção ao art. 33, § 2º, alínea

Superior Tribunal de Justiça

"c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva do acusado em 3 anos e 4 meses de reclusão, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, utilizadas para modular a redutora do tráfico privilegiado, justificam o afastamento da substituição da pena e a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 495.401/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 03/06/2019).

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. CABÍVEL O REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

2. Na hipótese, a quantidade e a qualidade da droga - circunstâncias judiciais desfavoráveis - e a fixação da pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão justificam o regime inicial semiaberto.

3. "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sufragado o entendimento de que, embora a sanção final seja inferior a 4 anos de reclusão e o réu seja primário, a existência de circunstância judicial desfavorável, concretamente motivada, justifica a fixação de regime inicial semiaberto e o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (AgRg no REsp 1.395.738/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 25/09/2018).

4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, confirmando a liminar, fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao Paciente (HC 481.197/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 24/04/2019).

Diante do exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento da pena do recorrente.

Publique-se. Intime-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 08 de outubro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

