

RECURSO ESPECIAL Nº 1.840.211 - GO (2019/0288704-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS**
RECORRIDO : **MARCELO BORGES DA SILVA (PRESO)**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS**
JARBAS RODRIGUES SILVA JUNIOR - GO036247
ROSANGELA DE ANDRADE AMARAL DA COSTA E OUTRO(S) -
GO020234

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS**, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local.

A controvérsia tratada nos autos foi devidamente relatada no parecer ministerial às e-STJ fls. 321/322:

Recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás, com fundamento no art. 105, III, 'a', da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, fls. 276/284, que deu parcial provimento ao recurso de apelação, para alterar o regime inicial de cumprimento de pena, do fechado para o semiaberto, mantendo-se, no mais, a sentença que condenara o Recorrido à **pena de 5 anos de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.**

Em suas razões, fls. 291/298, **o Recorrente sustenta violação ao art. 33, § 3º, do Código Penal, ao argumento de que, embora o magistrado não esteja obrigado a valorar a natureza e a quantidade da droga apreendida, para fins de definição do regime inicial de cumprimento de pena, é recomendável que o faça, notadamente em hipóteses como a dos autos, em que foi apreendida quantidade considerável de cocaína e de crack. Requer, ao final, o provimento do recurso, para que seja reformado o acórdão recorrido e restabelecido o regime inicial fechado fixado na sentença.** (Grifei.)

Ao final, o *Parquet* Federal opinou pelo provimento do recurso especial.

As contrarrazões foram apresentadas às e-STJ fls. 342/348.

É o relatório.

Decido.

O Tribunal *a quo* fixou o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena fixada em 5 anos de reclusão por entender que a quantidade das drogas – no caso, **2,103kg (dois quilos e cento e três gramas) de cocaína e 983,76g (novecentos e oitenta e três gramas e setenta e seis centigramas de crack)** – não pode ser utilizada para agravar o regime inicial (e-STJ fl. 281).

Note-se que, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis **e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).**

Pois bem, na espécie, verifica-se que o recorrido foi condenado, pelo crime de tráfico de drogas, a uma pena de 5 anos de reclusão, ressaltando o Tribunal de origem que as grandes quantidades das drogas não podem ser utilizadas para justificar o regime mais severo.

Contudo, as grandes quantidades das drogas apreendidas com o ora recorrido autorizam sim a conclusão de que sua conduta reveste-se de maior grau de reprovabilidade, a justificar a fixação de regime prisional mais gravoso do que aquele que a quantidade de pena atrairia.

Cito, por oportuno, as seguintes ementas:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NÃO DEMONSTRADAS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

2. O Juízo singular apresentou motivação idônea para justificar o modo mais gravoso, diante da variedade e da quantidade de entorpecentes apreendidos (385 g de maconha, 22 g de cocaína e 25 g de crack).

3. Mesmo quando a quantidade e a diversidade de drogas não são utilizadas para exasperar a pena-base - como na hipótese -, a jurisprudência desta Corte Superior é firme em considerá-las fundamento idôneo para embasar a fixação de regime mais gravoso de cumprimento de pena. Como o agravado foi condenado a reprimenda superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, correto o regime fechado.

4. Agravo regimental parcialmente provido para fixar o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao acusado. (AgRg no HC 444.774/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 16/11/2018)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PENAL DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FRAÇÃO DE 1/2. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL IMEDIATAMENTE MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. A razão de ser do chamado tráfico privilegiado consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida.

4. Na hipótese, o Tribunal a quo aplicou a causa especial de diminuição da pena, na fração de 1/2, tendo em vista a quantidade, a diversidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos em poder do paciente, o que, nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte, constitui motivação concreta e idônea a justificar a diminuição da reprimenda, em menor percentual, na terceira fase da dosimetria da pena, desde que não valoradas na primeira fase. Por outro lado, a alteração da fração de diminuição de pena constitui tarefa inviável na via eleita, por demandar revolvimento do acervo fático-probatório.

[...]

7. A quantidade, a diversidade e a natureza da substância entorpecente apreendida justificam a imposição de regime

prisional mais gravoso, bem como o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Precedentes.

8. Considerada a quantidade de pena aplicada (2 anos e 6 meses de reclusão), a primariedade do paciente e a fixação da pena-base no mínimo legal, constata-se a existência de constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime inicial fechado, uma vez que o regime imediatamente mais gravoso seria o semiaberto, o qual se revela como o mais adequado à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente. (HC 364.292/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016, grifei.)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (29 PEDRAS DE CRACK). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo legal, constituindo, outrossim, justificativa para a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

3. Todavia, embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 1 ano e 8 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva. (HC 337.305/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016, grifei.)

Superior Tribunal de Justiça

Desse modo, na hipótese em testilha, deve ser restabelecido o **regime inicial fechado para desconto da reprimenda**, nos termos da fundamentação alhures.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial nos termos acima delineados.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator