RECURSO ESPECIAL Nº 1.842.486 - SP (2019/0303019-3)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
RECORRENTE	:	EDINILSON BENEDITO RODRIGUES FILHO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO JOAO PAULO BONATELLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP316788
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA DE 2 (DOIS) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO E AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS. ILEGALIDADE. DIMINUTA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (2,71G DE *CRACK*). RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por EDINILSON BENEDITO RODRIGUES FILHO, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n.º 0000585-61.2018.8.26.0571.

Consta dos autos que o Recorrente foi sentenciado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito capitulado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006. Isso porque trazia consigo 13 porções de *crack* (2,71g).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, tendo a Corte local dado parcial provimento ao recurso defensivo para, reconhecendo a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, reduzir a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, contudo, mantendo o regime inicial fechado e negando a substituição da pena reclusiva (fl. 211).

Sustenta a Defesa, nas razões do recurso especial, ilegalidade da fixação do regime inicial mais gravoso (fechado) e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fl. 223).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 236-241).

O recurso especial foi parcialmente admitido (fl. 287).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: BF687D5A-0E45-4573-8185-70503686545E

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial, em parecer que recebeu a seguinte ementa (fls. 255):

> "*RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. Pelo provimento do recurso especial para que seja fixado o regime inicial aberto, com a possibilidade de sua substituição por duas restritivas de liberdade.*"

É o relatório.

Decido.

O mérito do direito invocado pelo Recorrente é de reconhecimento inequívoco, motivo pelo qual o recurso deve ser conhecido e provido.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao reformar a sentença, assim consignou (fls. 206; 208-248; sem grifos no original):

> "*O MM° Juiz* a quo*, na primeira fase da dosimetria, atento ao disposto no artigo 59 do CP,* ***fixou a pena-base no patamar mínimo legal****, ou seja, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.*
>
> [...]
>
> *Assim,* ***sendo o réu tecnicamente primário*** *e sem maus antecedentes, e inexistindo evidências claras de que esteja envolvido em atividades criminosas ou com organização criminosa, mas levando em conta a quantidade de* crack *apreendido (substância de alto poder vulnerante, que gera dependência química rápida, podendo levar seus usuários a óbito em curto espaço de tempo), reduzo as penas na fração de 1/2, ficando estabelecida em 02 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa, no valor mínimo legal.*
>
> [...]
>
> ***O regime inicial para o cumprimento da pena não pode ser outro, que não o fechado****, estabelecido na sentença, pois a fixação de regime diverso (aberto ou semiaberto), não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado, não apenas em razão da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional,* ***a exemplo dos crimes hediondos (art. 5°, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2°, Lei 8.072/90), mas, notadamente, por não se tratar o réu de ínfimo e eventual traficante, tendo em vista a quantidade de droga apreendida, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado****.*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: BF687D5A-0E45-4573-8185-70503686545E

> [...] *a quantidade do entorpecente aprendido evidencia não se tratar o réu de ínfimo e eventual traficante, demonstrando a altíssima reprovabilidade da sua conduta.*
>
> ***Dessa forma, ausentes os requisitos do artigo 44, inciso III, do Código Penal**, face à maior reprovabilidade da conduta e à negativa conduta social, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*"

Pois bem, apenas para registrar, quanto à hediondez do crime de tráfico privilegiado, deve-se acompanhar a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 118.533/MS, em 23/06/2016, de Relatoria da Exma. Ministra CÁRMEN LÚCIA, na qual se assentou que o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda.

De qualquer sorte, certo é que o Plenário do STF, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Levando-se em conta o delito de tráfico de drogas, **a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena aplicada deve ser feita com base em fundamentação concreta**, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Nesse sentido, são os Enunciados n.º 440 da Súmula desta Corte e n.ºs 718 e 719 das Súmulas do STF, respectivamente, *in verbis*:

> "*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.*"
>
> "*A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*"
>
> "*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*"

O art. 33, § 2.º, alínea *c*, do Código Penal dispõe que "*o condenado **não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos**, poderá, desde o início, cumpri-la em **regime aberto***".

No caso, sendo o Recorrente primário, não tendo sido valorada negativamente na pena-base nenhuma vetorial do art. 59 do Código Penal nem do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, imposta a pena final de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão,

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: BF687D5A-0E45-4573-8185-70503686545E

cabível o regime segundo o *quantum* da pena aplicada, portanto, o aberto. Ainda, constato que a quantidade das drogas encontradas na prisão em flagrante do Recorrente é diminuta (2,71g de *crack*). Desse modo, resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Conforme cediço:

> "[...] *o Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas,* ***desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal*** [...]" (HC 448.436/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 29/10/2018; sem grifos no original.)

A propósito, cito o seguinte julgado de minha relatoria:

> "HABEAS CORPUS. *TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> [...]
>
> *2.* ***Fixada a pena-base da Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a sua primariedade e a inexistência de grande quantidade de droga apreendida, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso***.
>
> [...]
>
> *4. Ordem parcialmente concedida.*" (HC 465.791/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 19/12/2018.)

Ante o exposto, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao recurso especial para, reformando o acórdão recorrido, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: BF687D5A-0E45-4573-8185-70503686545E

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: BF687D5A-0E45-4573-8185-70503686545E