

RECURSO ESPECIAL Nº 1.849.176 - SP (2019/0345509-3)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
RECORRENTE : MURILO TERRAS DE ALMEIDA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO TADEU BEDONI - DEFENSOR PÚBLICO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MURILO TERRAS DE ALMEIDA, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento à apelação de seu interesse.

Os elementos existentes nos autos indicam que o réu foi condenado às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 400 (quatrocentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso da defesa, redimensionado às penas para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Nas razões do presente recurso especial, a defesa aponta violação dos arts. 33, § 3º, 44 e 59, todos do Código Penal.

Sustenta, em síntese, a fixação de regime menos gravoso como o inicial para o cumprimento da pena, pois o réu é primário e possui bons antecedentes.

Pugna pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Contrarrazoada a insurgência (e-STJ fls. 461-467) e, após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 470), os autos ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, ofertou parecer pelo parcial provimento do inconformismo (e-STJ fls. 488-492).

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

Inicialmente, quanto à fixação de regime prisional menos gravoso, o Tribuna *a quo* consignou (e-STJ fls. 361-362):

[...] As penas-base, para cada um dos réus, foram corretamente fixadas nos mínimos legais cinco (05) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa, e assim mantidas, pela r. sentença, na segunda fase da dosimetria, vez que, apesar da incidência da atenuante etária, não pode ela, na segunda fase, ser reduzida aquém do mínimo, nos termos da Súmula nº 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, na fase derradeira do cálculo, por serem os réus primários, de bons antecedentes e não comprovado nos autos que eles se dedicam às atividades criminosas e nem que integram organização criminosa, correta a aplicação, para ambos os réus, nos termos do § 4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, porém, no caso vertente, melhor e mais justo a redução pelo índice médio, metade (1/2), tendo em vista a não tão grande quantidade de drogas

Superior Tribunal de Justiça

apreendidas, porquanto mais razoável e, pois, o mais justo para o caso.

Sendo assim, a pena, para cada um dos acusados, finaliza em dois (02) anos e seis (06) meses de reclusão e multa de duzentos e cinquenta (250) diárias.

D'outra face, o regime imposto inicial fechado é o único que se coaduna com a gravidade do crime praticado pelos apelantes, não só por previsão legal artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07 como, também, pela gravidade do crime, de catastróficas consequências à saúde pública, e responsável, também, pela desagregação familiar e social.

O crime de tráfico de entorpecentes é equiparado aos delitos hediondos, portanto os mais graves dentre os elencados no Código Penal e em Leis Especiais.

Logo, soa, no mínimo, incongruente a fixação de regime diverso do fechado para o crime de tráfico de drogas.

Do trecho acima transcrito, observa-se que a manutenção do regime inicial fechado considerou apenas a gravidade em abstrato do delito, fundamento que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação de sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos (e-STJ fls. 362).

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a saber:

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.

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, respectivamente:

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.

A propósito (destaques acrescentados):

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITOS DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA DE 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em

que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

III - Na hipótese, o regime fechado foi estabelecido com base em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, em clara violação aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, configurando-se, assim, o constrangimento ilegal.

IV - Considerando a primariedade do paciente e o quantum de pena estabelecido, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal.

[...]

VII - Quanto ao segundo paciente, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, eis que o paciente é reincidente, sendo aplicável, destarte, o regime mais gravoso sequente, qual seja, o fechado, no termos do art. 33, parágrafo 2º, alínea a, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (HC 540.518/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 13/12/2019)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTUM DE REDUÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. OPINIÃO DO JULGADOR QUANTO À GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo convenceu-se do envolvimento dos acusados com atividades criminosas. No entanto, diante da impossibilidade de reformatio in pejus, manteve o patamar da reprimenda. Trata-se de fundamentação suficiente para a manutenção do quantum de diminuição fixado, consoante o disposto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 13.343/2006, uma vez que o Paciente nem sequer faria jus à minorante.

2. A desconstituição das conclusões manifestadas na origem importaria em indevida apreciação do acervo fático-probatório coligido aos autos, medida incompatível com a via estreita do mandamus, caracterizado pela cognição sumária e rito célere.

3. A fundamentação genérica, embasada apenas na opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do crime de tráfico de entorpecentes, não se presta para fixar regime prisional mais gravoso do que a pena permite, consoante inteligência dos Verbetes Sumulares n.os 718 do Supremo Tribunal Federal e 440 deste Superior Tribunal de Justiça. In casu, em face de inidoneidade da fundamentação oposta à sentença, bem como do fato de que a

pena-base foi estabelecida no mínimo legal, deve ser fixado o regime aberto para o cumprimento inicial da pena.

[...]

5. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais. (HC 461.215/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 25/06/2019)

Assim, dada a quantidade de reprimenda aplicada e o fato de não terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo o réu primário, possuir bons antecedentes e sido a pena-base fixada no mínimo legal, mostra-se viável o estabelecimento do modo aberto como o inicial para cumprimento da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

Finalmente, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a Corte de origem concluiu (e-STJ fls. 364-365):

[...] O legislador, com a edição da Lei nº 11.343/06, passou a punir o tráfico de forma mais severa exatamente porque o Poder Legislativo percebeu, sentiu que o tecido social estava se esgarçando cada vez mais e que os valores deveriam ser preservados.

Uma sociedade repleta de viciados e dependentes é uma sociedade que caminha a passos largos para sua própria destruição com o prejuízo de todos, menos dos traficantes que, com o dinheiro e patrimônio amealhados de forma criminoso, poderão deixar o País e mudarem-se para outros lugares, onde, com certeza, passarão a destroçar outras sociedades, outras inúmeras famílias.

Em suma, a sociedade e o Brasil como um todo é o que menos os preocupa.

O Poder Judiciário tem que, igualmente, dar o exemplo, tal como procedeu o Legislativo.

Bem porisso que a substituição por restritivas de direito é absolutamente inadmissível.

Como aplicar ao traficante, por exemplo, a prestação de serviços à comunidade se ele, exatamente, não presta serviço social algum.

Ao contrário, só destrói a sociedade em que ele vive!

O tráfico de entorpecentes, por se tratar de crime equiparado aos hediondos, não admite a pretendida substituição.

Tanto é que a lei penal até previa o regime inicial fechado, numa demonstração de que se trata de crime gravíssimo.

Mas, mesmo que, em alguns casos, possa não ser mais considerado hediondo, ainda assim o crime de tráfico é sempre muito grave, comportando, dessarte, o regime inicial fechado, não sendo admitida a substituição de pena, mesmo nos casos de aplicação do § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas. Em liberdade, ou mesmo em regime prisional mais ameno, especialmente o aberto, óbvio que o agente irá continuar exercendo o nefando comércio.

Nem a mais ingênua das pessoas iria acreditar no contrário!

De igual modo, verifica-se da leitura do excerto acima transcrito que o Tribunal *a quo* negou a benesse do art. 44 do CP, com fundamento apenas na gravidade

abstrata do delito, o que configura fundamentação inidônea para afastar tal benesse. Porém, a quantidade de droga apreendida em poder dos réus, qual seja, 46 (quarenta e seis) porções de cocaína, 6 (seis) porções de maconha e 26 (vinte e seis) de cocaína, na forma de pedras de *crack*, é preponderante para obstar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Nesse norte (destaques acrescidos):

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO EM CONCURSO MATERIAL. DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO RECOMENDADA. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Sendo o réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda no presente caso, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

III - A quantidade de droga associada ao crime de receptação de aparelho telefônico no contendo do tráfico de drogas são circunstâncias que não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 527.114/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 25/11/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. DIVERSIDADE E NATUREZA LESIVA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, circunstância concreta relacionada à quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas, é motivação suficiente para impedir a substituição da pena privativa pelas restritivas de direitos.

2. Tendo sido proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial adotado neste Sodalício deve ser mantida a decisão impugnada, pelos seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental improvido.

Superior Tribunal de Justiça

(AgRg no HC 485.111/SC, de minha relatoria, julgado em 11/04/2019, DJe 23/04/2019)

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dá-se parcial provimento ao recurso especial** para fixar o regime aberto como o inicial para o cumprimento da reprimenda.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 24 de março de 2020.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator