

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.421.033 - SP (2018/0337032-7)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**AGRAVANTE : ALISSON WILKER SOUZA MENDES**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto por **ALISSON WILKER SOUZA MENDES** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, violação dos artigos 33 e 59 do Código Penal.

Insurge-se com a fixação do regime inicial fechado, à alegação de que foi fundamentado na gravidade abstrata do delito e contrariamente ao teor das Súmulas 440 do STJ, 718 e 719 do STF.

Obtempera que é entendimento pacífico nos Tribunais Superiores que é possível a fixação de regime mais brando no crime de tráfico de drogas.

Requer a fixação do regime inicial aberto em razão do preenchimento dos requisitos legais, porquanto o agravante é primário, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram todas favoráveis e a pena fixada foi inferior a 4 anos de reclusão.

Apresentada contrarrazões (e-STJ, fls. 247-254).

O recurso não foi admitido com fundamento na incidência das Súmulas 7/STJ e 284/STF (e-STJ, fls. 257-258). Daí este agravo (e-STJ, fls. 265-273).

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento do agravo para que seja provido o recurso especial (e-STJ, fls. 292-296).

**É o relatório.**

Decido.

O recurso merece prosperar.

O Tribunal *a quo* fixou o regime inicial fechado com os seguintes fundamentos:

"E é o caso de acolher o pleito do Ministério Público referente à alteração de regime, pois, no caso em comento, a prática criminosa perpetrada, além de atingir o bem jurídico tutelado pelo legislador, contribui para a prática de inúmeros outros ilícitos penais, tão ou mais graves que o agora imputado, como é notório. Aliás, o tráfico permite que marginais dados à prática de crimes contra o patrimônio, pelo uso de drogas ilícitas, adquiram

"coragem" para as empreitadas criminosas. Também o espúrio comércio faz campear a corrupção de agentes públicos, para permitir a continuidade dessas práticas delituosas. Não há como olvidar, ainda, das consequências dessa danosa conduta, a formar multidões de dependentes de drogas ilícitas, que causam a desagregação familiar. Igualmente como consequência do tráfico, tem-se a queda da produtividade do cidadão e a dependência do sistema público de saúde, já tão deficiente. E ninguém deve almejar um planeta de viciados. Frise-se que a imposição de regime mais brando acabaria gerando um incentivo à prática do comércio ilegal, causando na

sociedade a sensação de impunidade daquele que do tráfico faz seu meio de vida. Por todos esses motivos, de rigor a fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena." (e-STJ, fls. 213-214).

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento as diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

O recorrente foi condenado pelo tráfico na forma privilegiada, sendo que a definição do modo inicial de cumprimento da pena deve estar atrelada à valoração das circunstâncias do art. 59 do CP, que, no caso, foram consideradas favoráveis. Sendo, assim, entendendo que, uma vez preenchidos os requisitos legais, sobretudo quando não expressiva a quantidade de entorpecente apreendida, faz jus o recorrente a fixação do regime aberto, por ser adequado à prevenção e à reparação do delito em tela.

Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (11,6 g de maconha e 11,8 g de cocaína, e-STJ, fl. 209), o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito.

Confira-se:

"[...]

Considerando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, o regime inicial aberto."

(HC 339.471/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015).

"[...]

3. Considerando a quantidade de pena imposta (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial aberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais."

(HC 320.015/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015).

"[...]

2. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 nos julgamentos do HC 69.657/SP e do HC 97.256/RS, respectivamente, de modo a não mais permitir a

obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação à conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (7,7 gramas de cocaína, 2,65 gramas de crack e 2,5 gramas de maconha), o regime aberto é o adequado à prevenção e reparação do delito. Do mesmo modo, havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos."

(HC 327.984/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015).

"[...]

3. Quanto ao regime inicial para o cumprimento da punição, a quantidade e a natureza da droga não haveriam mesmo de influenciar na fixação dele, uma vez que não tiveram robustez suficiente para elevar a pena do mínimo legal, além de o agravado ser primário e a reprimenda imposta em 2 anos e 6 meses de reclusão.

4. Portanto, a decisão agravada há de ser mantida incólume por seus próprios termos.

5. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 851.928/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016).

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, "c", do RISTJ, **conheço** do agravo, para **dar provimento** ao recurso especial, a fim de estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator