AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.452.234 - SP (2019/0052210-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	ANDRESSA EMILIA SILVANO (PRESA)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Agrava-se de decisão que não admitiu recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

> *Tráfico de drogas. Recurso defensivo que visa a alteração do regime prisional fixado na decisão condenatória (fechado), para o aberto e também o benefício da substituição da pena corporal por penas alternativas. Sentenciada presa em flagrante na posse de 1368 porções de cocaína, para fins de traficância. Regime fechado que deve ser mantido, assim a negativa ao benefício da substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Recurso desprovido.* (e-STJ fl. 145)

O recorrente aponta a violação dos arts. 33, § 2º, do Código Penal alegando, em síntese, que a gravidade abstrata do delito não enseja a fixação do regime mais gravoso.

Contrarrazões às e-STJ fls. 202/214.

Manifestação do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso às e-STJ fls. 266/270.

É o relatório. Decido.

A irresignação merece prosperar.

Os elementos existentes nos autos informam que o Tribunal de

Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo defensivo e manteve a sentença que condenou o recorrente à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, pelo cometimento do crime do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06.

O recorrente se insurge contra a fixação do regime fechado para o cumprimento da pena com base apenas na hediondez do delito.

Com razão, porquanto o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Ademais, o regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, nos termos dos enunciados das Súmulas 440/STJ, 718/STF e 719/STF.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º, DO ART. 33, DA LEI N.º 11.343/2006. PACIENTE PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*
>
> *1. Diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Outrossim, na terceira fase da dosimetria da pena, foi reconhecida a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. Dessa forma, cabível a fixação do regime prisional aberto.*
>
> *2. Ordem concedida para fixar o regime inicial aberto, devendo o Juiz da execução verificar a presença dos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de*

direitos. (HC 452.576/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 04/02/2019)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. PENA INFERIOR À QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. 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 - No presente julgado, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, ao passo em que a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, parágrafo 4°, da Lei de Drogas foi aplicada perto do seu grau máximo.

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, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime prisional aberto, para o início do cumprimento da pena do paciente. (HC 474.371/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 29/10/2018)

Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com

violência ou grave ameaça à pessoa, ré não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, a recorrente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo da Execução Penal.

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dou parcial provimento ao recurso especial para fixar o regime aberto para o cumprimento da reprimenda corporal, com a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos a ser estabelecida pelo juiz da execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator