

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.084 - SP (2019/0083147-5)**

**RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER**  
**RECORRENTE : D J S P**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES - DEFENSOR PÚBLICO -**  
**SP347855**  
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**EMENTA**

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. RECURSO ESPECIAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CABIMENTO. SÚMULA 568/STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por **D. J. S. P.**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 313-321).

Nas razões do recurso especial, a Defesa afirma violação: i) ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pela não substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos; e ii) aos art. 33 e 44, ambos do Código Penal, pela imposição do regime prisional inicialmente fechado.

Postula pela substituição da pena corporal por restritiva de direitos e pela fixação do regime inicial aberto.

O recurso foi admitido na origem e os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **desprovimento** do recurso especial (fls. 358-362).

É o relatório.

**Decido.**

Depreende-se dos autos que o recorrente foi **condenado**, em primeiro grau, à pena de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, em regime fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias multa, pela

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** negou provimento ao apelo defensivo (fls. 313-321).

Quanto à imposição do regime prisional inicialmente fechado e a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, confira-se excertos da fundamentação tecida pelo Tribunal de origem (fl. 320, grifei):

*"[...] MM. Juiz a quo reconheceu o privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas com a aplicação da fração máxima de 2/3 (dois terços). E a despeito dos argumentos levantados pelo Ministério Público, correta a aplicação de tal redutor, vez que o acusado é primário e não se produziu nos autos prova efetiva de que ele se dedicasse a atividades criminosas ou que integrasse organização criminosa, se encaixando plenamente na figura do pequeno traficante que a Lei buscou privilegiar.*

*Por fim, mantém-se o regime prisional fechado. A gravidade concreta do delito e o dano social que este provoca fazem com que o regime inicial menos restritivo não se mostre adequado para a repreensão da conduta do acusado, em especial pela natureza de parte da droga apreendida (cocaína e crack). Além do mais, a imposição do regime mais gravoso para início do cumprimento da pena é o reflexo esperado por conta do tratamento rigoroso dado pela Constituição da República ao crime de tráfico ilícito de drogas que, inclusive, é equiparado à categoria de crime hediondo pela legislação infraconstitucional.*

*Pelos mesmos motivos não há falar em substituição da pena carcerária."*

Contudo, é sabido que o col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 — com redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33 e do art. 59, ambos do Código Penal, bem como as Súmulas 440 deste eg. STJ e 718 e 719 do col. STF.

**Logo**, a fixação do regime inicial deve se dar nos termos do art. 33 §§ 2º e 3º do Código Penal. Dessarte, na espécie, **deve o recorrente iniciar o cumprimento da pena em regime aberto**, porquanto preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea **c**, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a **ausência de reincidência**, a condenação por um período

igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a **completa inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal (fl. 240).

A propósito:

**"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REDUTOR APLICADO NO PATAMAR MÁXIMO. SUBSTITUÍDA A SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE.**

**1. Considerando que a pena-base foi aplicada no mínimo legal em razão da favorabilidade das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e que o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 restou fixado no patamar máximo e, ainda, que foi substituída a reprimenda corporal por restritiva de direitos, devida a fixação do modo inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.**

**3. Agravo regimental a que se nega provimento. Habeas corpus concedido de ofício para fixar o modo aberto para o início do cumprimento da reprimenda" (AgRg no AREsp n. 473.028/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 8/10/2014).**

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.**

[...]

**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.**

**4. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC 97.256/RS, passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012).**

**5. Tendo as instâncias ordinárias indeferido a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com fundamento na vedação legal, e havendo o paciente preenchido os requisitos no art. 44 do Estatuto Penal, fica configurado o constrangimento ilegal.**

**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 n. 320.015/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 15/9/2015).**

No mais, a fundamentação quanto à possibilidade de **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**, de igual modo, merece reparo.

O eg. Tribunal de origem se utilizou de idêntica fundamentação tecida para fixar o regime prisional, contudo, constato que a pena do recorrido não ultrapassa quatro anos, o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça e as suas circunstâncias judiciais são todas favoráveis, tendo sido a pena base fixada no mínimo legal.. Desse modo, estão preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** ao recurso especial para fixar o regime inicial aberto e autorizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à critério do Juízo das Execuções.

P. e I.

# *Superior Tribunal de Justiça*

## **DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO**

Edição nº 2644 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 04 de Abril de 2019 Publicação: Sexta-feira, 05 de Abril de 2019  
Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer  
Relator

