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

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

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática de e-STJ fls. 272/275, de minha relatoria, em que dei provimento ao recurso especial para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena com a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

Sustenta o agravante que a referência expressa à grande quantidade de drogas apreendida, quase meio quilo de cocaína, é fundamento suficiente para a imposição do regime mais gravoso do que a pena comporta.

É o relatório. **Decido.**

Compulsando-se os autos, verifica-se que procede a argumentação trazida no agravo regimental. Passa-se, então, ao reexame do recurso especial.

O recurso não 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. 11.343/2006.

O Ministério Público Federal argumenta que a referência expressa à grande quantidade de drogas apreendida, quase meio quilo de cocaína, é fundamento suficiente para a imposição do regime mais gravoso do que a pena comporta.

Sobre a escolha do regime prisional, o acórdão estadual assim dispôs:

> *Com independência do montante de pena corporal aplicado, é forçoso convir que o regime fechado é o único adequado à espécie, ante as circunstâncias específicas do fato, particularmente a quantidade e qualidade das drogas apreendidas.*
>
> *[...]*
>
> *No caso em apreço, levando em conta que o quadro probatório revela que* ***a acusada dedicava-se ao tráfico de expressiva quantidade de cocaína (aproximadamente 435g. acondicionados em 1368 porções para consumo individual****), era natural que a conclusão quanto ao regime apropriado a fase inicial de cumprimento da pena corporal fosse no sentido do fechado. A proposta de reprimir a conduta por ela praticada via dos regimes mais brandos certamente seria naturalmente entendida como resposta estatal excessivamente amena, contribuindo à criação de um ambiente de impunidade - entendido como o sentimento coletivo de que a atividade persecutória penal se limita a um mero embate intelectual de argumentos jurídicos, sem qualquer resultado prático ou repercussão social -, que fomenta a reincidência.* (e-STJ fls. 147/150 - grifo nosso)

De fato, a pena final estabelecida em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido (435g de cocaína, acondicionados em 1.368 porções) autorizam a fixação do regime intermediário. Confira-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL INTERMEDIÁRIO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. ILEGALIDADE INEXISTENTE.*
>
> *1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.*
>
> *2. Na espécie, não obstante a sanção tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a gravidade concreta do*

> *crime, evidenciada pela expressiva quantidade de droga apreendida, justifica a imposição do modo prisional semiaberto, conforme exegese do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, em combinação com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*
>
> *3. Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 1327843/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 14/02/2019)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. BASAL FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.*
>
> *1. Dispõe o art. 33, § 2º, "c", do Código Penal que o condenado não reincidente, cuja pena for inferior a 4 anos, poderá, desde o princípio, cumprir a reprimenda em regime aberto.*
>
> *2. Entretanto, o regime de cumprimento de pena mais gravoso do que aquele que a pena comporta pode ser estabelecido desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.*
>
> *3. **Na espécie, observo que o colegiado estadual justificou o regime fechado para o cumprimento da pena na grande quantidade de droga apreendida, o que legitima o regime imediatamente mais gravoso ao legalmente previsto, qual seja, o semiaberto, mas não o fechado, tendo em vista a fixação da basal no mínimo legal, com o reconhecimento do tráfico privilegiado**.*
>
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no HC 444.147/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, DJe 27/02/2019 - grifo nosso)

A quantidade e nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena, nos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal. A propósito: HC 447.285/SP, desta Relatoria, DJe 02/10/2018.

Ante o exposto, **reconsidero** a decisão de e-STJ fls. 272/275 e conheço do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator