RECURSO ESPECIAL Nº 1.809.754 - SP (2019/0120171-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
RECORRENTE	:	WELLINGTON DA MATA DOMINGUES
ADVOGADOS	:	MARICY REHDER COELHO CAMARA - SP156550
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

WELLINGTON DA MATA DOMINGUES interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0046427-58.2010.8.26.0405).

Consta dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação dos arts. 33, § 3º, 44 e 59 do Código Penal, e requer, assim, a fixação do regime aberto e a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contrarrazões às fls. 345-348 e decisão de admissibilidade à fl. 368.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, "para fixar o regime inicial semiaberto para desconto da pena privativa de liberdade".

Decido.

O Tribunal de origem assim fundamentou a imposição do regime **inicial fechado**, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fl. 325):

> O regime prisional imposto deve ser o fechado, pois o indivíduo que participa do narcotráfico (delito gravíssimo, com vitimização elevada) revela extrema periculosidade.
> Pelos mesmos motivos, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Conforme visto, a Corte de origem considerou devida a

fixação do regime inicial mais gravoso, com fundamento, tão somente, **na gravidade abstrata do delito e nos malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um todo**, sem, no entanto, apontar elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do regime fechado.

Assim, uma vez que o recorrente era tecnicamente primário ao tempo do delito, possuidor de bons antecedentes, teve a pena-base fixada no mínimo legal, foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão e agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o "traficante ocasional" –, considero ser devida a imposição do **regime inicial aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Pelas mesmas razões anteriormente expostas, não vejo como concluir que a substituição da pena não seja medida socialmente recomendada, ex vi do disposto no art. 44, III, do Código Penal, de maneira que deve ser provido o recurso também para determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais, à luz das peculiaridades do caso concreto.

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, e no art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, **dou provimento** ao recurso especial, para estabelecer ao recorrente o regime inicial aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais, nos autos da condenação objeto do Processo n. 0046427-58.2010.8.26.0405.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**