RECURSO ESPECIAL Nº 1.789.095 - SP (2018/0341984-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	EDUARDO RODRIGUES PEDRETTI (PRESO)
ADVOGADO	:	WELINGTON FLAVIO BARZI - SP208174
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por EDUARDO RODRIGUES PEDRETTI, fundamentado na alínea *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à apelação da defesa

Os elementos existentes nos autos informam que o recorrente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que, no dia 6/3/2017, por volta das 18h30min, no Município de São José do Rio Preto/SP, trazia consigo, para fins de comércio, 11 (onze) porções de cocaína, com peso total de 4,61 g (quatro gramas e sessenta e um centigramas) – e-STJ fls. 107-108.

Julgada procedente a ação penal, o Juízo de primeiro grau cominou ao réu a pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, sob regime inicial fechado, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato (e-STJ fls. 277-282).

Em grau de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa para manter na íntegra a sentença penal condenatória (e-STJ fls. 402-410).

Nas razões do presente recurso especial, a defesa reputa contrariados o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os arts. 33, § 2º, *c*, e 83 do Código Penal e o art. 112 da Lei de Execução Penal (e-STJ fls. 537-560).

Sustenta, em síntese, o cabimento do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda, haja vista o entendimento prevalecente na jurisprudência dos tribunais superiores, no sentido de que o tráfico privilegiado não se equipara a crime hediondo. Pela mesma razão defende que a execução penal deve seguir os regramentos gerais do Código Penal e da Lei 7.210/1984.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ fls. 687-697), após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 712-714), os autos ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça.

Deferida a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso especial (e-STJ fls. 760-764).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, ofertou parecer pelo provimento do inconformismo (e-STJ fls. 775-778).

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

No que se refere ao regime inicial de cumprimento de pena, o Tribunal de origem se valeu dos seguintes critérios para estabelecê-lo em fechado (e-STJ fl. 405):

> ***No que tange ao regime penitenciário, anoto que a identificação do meio mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2B e 3a do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos na Lei***

> ***de Drogas.*** *Nesse sentido: STJ – HC 272.152/SP – rel. Min. Marilza Maynard – 6ª Turma J. 10.12.2013.*
> *No caso em tela,* ***a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe pela natureza lesiva da droga apreendida (cocaína) e número significativo de porções (11), a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos.*** *Há precedentes da E. Corte Superior: HC 278676/MS 6ª T. rei. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 24.10.2013; HC 222994/SP 6ª T. rei. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE j. 24.10.2013; HC 278530/SP 5ª T. rei. Min. Marco Aurélio Bellizze j. 22.10.2013.*

Como visto, não foi a equiparação do tráfico privilegiado a crime hediondo a base de sustentação utilizada pela instância ordinária para determinar o regime prisional mais gravoso no caso concreto. Na verdade, considerou-se, para tanto, a natureza e quantidade da droga apreendida e a redação do art. 33, § 3º, do CP c/c o art. 42 da Lei 11.343/2006.

A defesa, contudo, não se ocupou da impugnação específica de tais fundamentos, o que, por si só, enseja o não conhecimento do recurso especial, a teor da orientação vertida pelo óbice da Súmula 283/STF, aplicável aqui por analogia.

Diz o referido verbete sumular:

> *Súmula 283. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida* ***assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.*** *(Destaques acrescidos)*

Nada obstante, na hipótese se verifica de plano constrangimento ilegal capaz de ensejar a concessão de ordem de *habeas corpus*, de ofício, conforme autoriza o art. 654, § 2º, do CPP.

Com efeito, o motivo apresentado pela instância ordinária para justificar a imposição do regime inicial fechado não revela gravidade excepcional a ponto de amparar a forma mais gravosa de cumprimento da pena corporal. Tanto é verdade que a simples leitura do voto condutor do acórdão recorrido permite verificar que nem natureza nem a quantidade de droga apreendida foram circunstâncias suficientes para motivar a exasperação da pena-base ou impedir a modulação em grau máximo do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

A propósito, veja quais foram as bases observadas na dosimetria penal (e-STJ fls. 404-405):

> *Na primeira fase, as penas-base foram fixadas no mínimo legal, ou seja, em 05 anos de reclusão, e pagamento de 500 dias-multa.*
> *Na segunda fase, não incidem agravantes ou atenuantes.*
> *Na terceira fase, não incidiram causas de aumento e foi aplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, em sua máxima extensão, de 2/3, com o que a*

> *pena ficou definitivamente estabelecida em 01 ano e 08 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, no valor unitário mínimo.*

Destarte, faltou ao Tribunal de origem observar a orientação definida por esta Corte Superior mediante o enunciado da Súmula 440/STJ, *in verbis*:

> *Súmula 440. Fixada a pena base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"*

No mesmo sentido, aliás, é a jurisprudência da Suprema Corte:

> *Súmula 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*
> *Súmula 718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*

Por outro lado, no que se refere à condução da execução penal e dos benefícios penais a ela inerentes, ainda não se vislumbra qualquer constrangimento ilegal, até porque o cumprimento da reprimenda sequer teve início ainda. Contudo, de certo o Juízo da execução observará a orientação definida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "*o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos*" (HC 118533, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016).

Ante o exposto, com fundamento no artigo 255, § 4º, incisos I, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **não se conhece** do recurso especial. Concede-se, contudo, ordem de *habeas corpus*, de ofício, para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena cominada nestes autos em razão da prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator