

RECURSO ESPECIAL Nº 1.843.747 - SP (2019/0312414-6)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
RECORRENTE : MICHELL AUGUSTO DORIGO
ADVOGADO : REGINA BAUAB MERLO - DEFENSORA PÚBLICA -
SP210594
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO **OPE LEGIS**. INADMISSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC N. 111.840/ES. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. BONS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. PRECEDENTES. SÚMULA N. 568/STJ. INCIDÊNCIA. PARECER DO MPF FAVORÁVEL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **MICHELL AUGUSTO DORIGO** 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**.

O MM. juízo de primeiro grau **condenou** o recorrente como incurso nas sanções do delito previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, em regime inicial **fechado**, mais 166 dias-multa (fls. 140-146).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de **apelação criminal**, com vistas à reforma da sentença condenatória. No Tribunal de origem, o recurso foi desprovido, em decisão unânime (fls. 201-208). Eis a **ementa** do acórdão:

"Tráfico de entorpecentes - Prisão em flagrante - Apreensão de diversas porções de cocaína - Depoimentos dos policiais coerentes e sem desmentidos - Responsabilidade do acusado comprovada - Condenação mantida - Pena e regime prisional corretos - Recurso improvido."

Opostos **embargos de declaração**, pela combativa Defesa, foram

eles rejeitados, à unanimidade de votos (fls. 227-230).

Nas **razões do recurso especial**, interposto com fulcro na alínea **a**, do permissivo constitucional, o recorrente sustenta violação ao art. 33, § 2º, alínea **c**, e § 3º, e 59, ambos do Código Penal. Para tanto, argumenta que:

a) "[...] a pena-base do recorrente restou fixada no mínimo legal, com aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, resultando, assim, na pena final de 01 ano e 08 meses de reclusão]" (fl. 243);

b) "se o recorrente é primário e ostentava bons antecedentes, é seu direito subjetivo que seja fixado o regime menos gravoso possível" (fl. 244);

Requer, ao final, *"seja fixado o regime aberto para cumprimento da pena, tudo à luz do disposto nos arts. 33, § 2º, "c" e § 3º e 59, do Código Penal"* (fl. 246).

Apresentadas as **contrarrazões** (fls. 252-261), o recurso foi **admitido** na origem (fl. 264) e os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo **provimento do recurso especial** (fls. 301-304). Eis a **ementa** do parecer:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. NÃO CABIMENTO. RÉU PRIMÁRIO. PENA ABAIXO DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL."

É o relatório.

Decido.

O recurso merece prosperar.

O eg. Tribunal **a quo**, ao negar provimento ao apelo da Defesa, no que importa ao caso, consignou, **verbis**:

"Em relação ao regime de cumprimento de pena, cumpre considerar que o tráfico de drogas causa indiscutível abalo à ordem pública, na medida em que o traficante consegue atingir um número elevado de pessoas, que acabam se envolvendo em outros delitos. Por isso, de rigor a segregação do agente por mais tempo no regime fechado, onde poderá demonstrar aptidão e preparo para voltar a conviver em sociedade.

Tampouco é o caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o traficante, longe de ser agraciado com os benefícios reservados a crimes menos graves, deve ser retirado da sociedade, cada vez mais temerosa e abalada com o avanço da criminalidade.

[...]

Em suma, o improvimento do recurso é medida que se impõe à correta solução do caso dos autos.

Diante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO para manutenção da r. sentença por seus próprios fundamentos." (fls. 201-208, grifei).

Da análise do acórdão objurgado, conclui-se que o eg. Colegiado bandeirante manteve o regime inicial **fechado** tão somente com fundamento na gravidade abstrata e na hediondez do delito pelo qual fora condenado, qual seja, o de tráfico de entorpecentes (art. 33, **caput**, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006), valendo-se de fundamentação inidônea.

Ora, ante a declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do eg. Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, não há mais que se falar em **obrigatoriedade de regime prisional inicial fechado** para crimes hediondos ou equiparados, como é o caso em tela.

Logo, a fixação do regime inicial deve se dar nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e n. 440 desta Corte Superior.

In casu, a pena definitiva foi estabelecida no mínimo legal (**01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão**), tendo sido inclusive reconhecida a causa especial de diminuição de pena inserta no **§ 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006**. De mais a mais, o réu não registra reincidência e todas as circunstância judiciais lhe são favoráveis (fls. 140-146). Desse modo, considerada a pena final aplicada, configura-se adequada a fixação do regime inicial **aberto** e não o fechado.

Como bem ressaltado pelo ilustre representante do Ministério Público Federal, em seu d. parecer: "[...] merece provimento o recurso especial no ponto para que o regime inicial de cumprimento de pena seja o aberto, considerando-se que o tráfico privilegiado não é comparado a crime hediondo, a primariedade do recorrente e que a pena fixada, aplicado o redutor de 2/3 é inferior a quatro anos" (fl. 282).

Pelo exposto, **mostra-se incorreto o v. acórdão objurgado**, tendo em vista que **não** se encontra em consonância com o entendimento estabelecido nesta Corte Superior de Justiça, no sentido de que *"é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES"* (HC n. 349.002/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 2/5/2017).

Nesse sentido, ilustrativamente:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade." (HC n. 299.727/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 15/4/2016, grifei).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E

RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INADMISSÍVEL. § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos crimes hediondos e equiparados foi superada pela Suprema Corte, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional deve o Magistrado decidir motivadamente, avaliando o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento."
(AgRg no REsp n. 1.678.669/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 15/8/2017, grifei).

Assim, considerando que o acórdão recorrido está em **desconformidade** com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça acerca do tema, incide, **in casu**, a **Súmula n. 568/STJ**, que assim dispõe, **verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Diante do exposto, acolho o parecer do Ministério Público Federal para **conhecer** do agravo e **dar provimento** ao recurso especial, nos termos do art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea **c**, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, e estabelecer o regime inicial **aberto** para o cumprimento da pena.

P. e I.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 07 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator