

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.845.795 - SP (2019/0324079-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**RECORRENTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**RECORRIDO** : **JERRY TCHIDI DANIEL**  
**RECORRIDO** : **SU KHIONG CHUNG**  
**ADVOGADO** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fls. 570/578):

*Nulidade - não configuração - réus estrangeiros que tiveram assistência e intérpretes durante a instrução intimações e citações em português finalidade dos atos alcançada princípio da instrumentalidade das formas Tráfico suficiência de provas condenação Prisão domiciliar - réu estrangeiro sem vínculo com o Brasil impossibilidade*

Interpostos embargos infringentes, esses foram rejeitados (e-STJ fls. 693/697).

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 590/615), alega a parte recorrente violação dos artigos 33 e 59 do Código Penal. Sustenta a fixação do regime fechado para o cumprimento da pena.

Apesar de devidamente intimado, não houve apresentação de contrarrazões (e-STJ fls. 722). O recurso foi admitido (e-STJ fls. 725), tendo o Ministério Público Federal opinado pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 745/748).

Impetrado o HC nº 463.171/SP, este não foi conhecido com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ. Contudo, fora concedida a ordem *ex officio*, para aplicar o art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, redimensionando a pena do ora recorrente para 4 anos e 2 meses de reclusão, além de 416 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É o relatório. **Decido.**

O recurso merece acolhida.

Em relação ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, *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* – enunciado da Súmula n. 440 deste Tribunal.

Na mesma esteira, são os enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

*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.*

*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Portanto, é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre a gravidade concreta do crime. Precedentes: HC 325.756/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1º/8/2016; HC 312.264/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 24/5/2016, DJe 31/5/2016; HC 344.395/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 15/3/2016.

Nessa linha, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas

como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes: AgRg no AREsp n. 867.211/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1º/8/2016; AgRg no AREsp n. 643.452/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 16/6/2016, DJe 22/6/2016; AgRg no AREsp n. 602.153/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 6/5/2016.

No presente caso, em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva do acusado em 4 anos e 2 meses de reclusão, conforme decisão no HC nº 463.171/SP, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido (3,328kg de cocaína) justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado. Precedentes: HC n. 312.978/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 8/11/2016, DJe 16/11/2016; HC n. 368.485/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016; HC n. 361.521/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 8/11/2016.

Ante o exposto, com fundamento nos arts. 932, inciso VIII, do CPC; no art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ, e na Súmula n. 568/STJ, **dou provimento** ao recurso especial para fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator