

RECURSO ESPECIAL Nº 1.847.897 - SP (2019/0336530-0)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
RECORRENTE : ADRIANO DE SOUZA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAEL KODAMA - DEFENSOR PÚBLICO - SP421486
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIDA A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CABIMENTO. SÚMULA 568/STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **ADRIANO DE SOUZA DOS SANTOS**, 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, assim ementado (fl. 301):

*"APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de entorpecentes
Absolvição por insuficiência probatória ou, subsidiariamente, a
desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da
Lei de Drogas Impossibilidade Provas hábeis a ensejar a
condenação do réu nos termos em que proferida, evidenciado o
intuito de mercancia Réu já bastante beneficiado quando da
dosimetria da reprimenda, com aplicação do redutor previsto no
art. 33, §4º da Lei de Drogas, em seu patamar máximo e eleição
do programa prisional intermediário para início de cumprimento
da pena, o que resta mantido ante a ausência de recurso
ministerial Apelo não provido."*

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente sustenta a violação do art. 33, § 3º, e art. 44, ambos do Código Penal, ao argumento de que faz jus ao regime aberto bem como à substituição por penas restritivas de direitos.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 336-346), o recurso foi admitido

na origem e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **provimento** do recurso especial (fls. 359-362).

É o relatório.

Decido.

Depreende-se dos autos que, em primeira instância, o recorrente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, como incurso nas sanções do art. 33, **caput** e § 4º da Lei n. 11.343/06, vedada a substituição da pena por restritiva de direitos

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** negou provimento ao apelo da defesa.

Quanto ao **regime inicial**, confira-se os fundamentos utilizados pelo eg. Tribunal **a quo** para a fixação do regime inicial mais gravoso (fl. 311-312):

"No que pertine ao regime inicial imposto para cumprimento da pena, é de ser dito que o increpado foi indevidamente agraciado com a fixação do regime semiaberto. Isto porque o regime fechado é que se afigura como o mais adequado à situação 'in concreto', necessário à conscientização da ilicitude e único apto a prevenir a reincidência, haja vista que se trata de delito extremamente grave, que não raro serve como porta de entrada a inúmeras outras condutas delitivas, desvirtuando indivíduos e ameaçando a ordeira sociedade.

E nem se diga que tal afirmação se baseia na mera gravidade abstrata do delito, bastando lembrar que o réu tinha em seu poder, seja trazendo consigo, seja guardando, não menos que 37 (trinta e sete) porções de cocaína, 10 (dez) de crack e 18 (dezoito) de maconha, prontas para disseminação, além de importância monetária, indicativa da dedicação a atividade ilícita. Assim, cabe ao

Julgador destinar especial cautela ao caso, impedindo a ocorrência de uma falsa impressão de impunidade. Embora a fixação do regime mais brando não atenda ao caráter preventivo e repressivo da pena imposta, nada há que possa ser feito nesta instância, também diante da inexistência de reclamo ministerial neste aspecto."

Contudo, é sabido que o col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33 e do art. 59, ambos do Código Penal, bem como as Súmulas 440 deste eg. STJ e 718 e 719 do col. STF.

Logo, a fixação do regime inicial deve se dar nos termos do art. 33 §§ 2º e 3º do Código Penal. Dessarte, na espécie, **deve o recorrente iniciar o cumprimento da pena em regime aberto**, porquanto preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a **ausência de reincidência**, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a **completa inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REDUTOR APLICADO NO PATAMAR MÁXIMO. SUBSTITUÍDA A SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE.

1. Considerando que a pena-base foi aplicada no mínimo legal em razão da favorabilidade das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e que o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 restou fixado no patamar máximo e, ainda, que foi substituída a reprimenda corporal por restritiva de direitos, devida a fixação do modo inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. Habeas corpus concedido de ofício para fixar o modo aberto para o início do cumprimento da reprimenda" (AgRg no AREsp n. 473.028/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 8/10/2014).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE

RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

3. Considerando a quantidade de pena imposta (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial aberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC 97.256/RS, passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012).

5. Tendo as instâncias ordinárias indeferido a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com fundamento na vedação legal, e havendo o paciente preenchido os requisitos no art. 44 do Estatuto Penal, fica configurado o constrangimento ilegal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais" (HC n. 320.015/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 15/9/2015).

No mais, a fundamentação quanto à possibilidade de **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**, de igual modo, merece reparo.

Não obstante as considerações do eg. Tribunal de origem no sentido de que "*não se afigura razoável a pretendida substituição da pena corporal, que, no caso concreto, certamente não atenderia ao caráter preventivo e repressivo da reprimenda imposta, equivalendo a verdadeiro incentivo a condutas similares, o que não pode ser admitido, a teor do art. 44, III, do Diploma Penal*" (fls. 312), a sua pena final não ultrapassa quatro anos, o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça e as suas circunstâncias judiciais são

Superior Tribunal de Justiça

todas favoráveis. Desse modo, estão preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** ao recurso especial para fixar o regime inicial aberto e autorizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à critério do Juízo das Execuções.

P. e I.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2019.

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo
(Desembargador Convocado do TJ/PE)

Relator