RECURSO ESPECIAL Nº 1.848.526 - SP (2019/0340355-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	:	REGINALDO GONCALVES SANTOS
ADVOGADO	:	GUSTAVO DE JESUS FARIA PEDRO - SP312845

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local que deu provimento parcial ao apelo defensivo.

Depreende-se dos autos que, após regular instrução processual, o réu foi condenado, pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa (e-STJ fls. 133-136).

O Tribunal de origem deu provimento parcial à apelação defensiva para fixar o regime inicial semiaberto (e-STJ fls. 229-232).

Nas razões recursais, o órgão ministerial alega violação ao art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Sustenta, em síntese, que o reincidente condenado a pena superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos deve iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado.

Requer o provimento do recurso especial para que seja estabelecido o regime inicial fechado para o cumprimento da pena (e-STJ fls. 237-246).

Sem contrarrazões, após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fl. 269), os autos ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal ofertou parecer pelo desprovimento do inconformismo (e-STJ fls. 279-281).

É o relatório.

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

Acerca dos temas trazidos à discussão no recurso especial, assim ficou assentado pela Corte *a quo* (e-STJ fls. 231-232):

> *[...] As penas-base foram estabelecidas nos mínimos legais.*
> *Na segunda etapa, a Magistrada invocou duas certidões para fins de reconhecimento da reincidência (fls. 38/39). Todavia, somente a referente aos Autos 0001358-29.2013.8.26.0233 (fl. 39) demonstra a recidiva, já que na outra citada (Autos 0000436-17.2015.8.26.0233) houve declaração de extinção da punibilidade (fl. 38). De qualquer forma, não aplicado o acréscimo pela agravante, sem oposição do Ministério Público, descabendo correção em detrimento do réu.*
> *A reincidência, contudo, obstou a aplicação do privilégio do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, corretamente.*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 87B67F17-3F40-466A-9507-D1096B1C389E

> *No entanto, decorrente de condenação anterior por ameaça, a que imposta unicamente multa, a recidiva não impede a concessão do regime semiaberto, compatível com a quantidade de reprimenda privativa de liberdade.*

Verifica-se que as instâncias de origem, mesmo diante da presença da reincidência, impuseram o regime semiaberto para o resgate inicial da reprimenda privativa de liberdade diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas e em razão do *quantum* da pena aplicada.

Na presente hipótese, verifica-se que não obstante a pena final cominada ao paciente seja inferior a 8 (oito) anos, a presença da reincidência, impede a fixação do modo semiaberto para o resgate da sanção reclusiva, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Neste sentido (destaques acrescidos):

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. […]*
> ***3. É devida a imposição do regime inicial fechado ao réu que, além de ser reincidente, foi condenado a reprimenda superior a 4 anos de reclusão. Inteligência do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal.***
> *4. A ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal (sanção superior a 4 anos de reclusão) impede a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.*
> *5. Agravo regimental não provido.*
> *(AgRg no HC 490413 / SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Julgado em 06/08/2019, DJe 12/08/2019)*
>
> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECUSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCIDENTE. REGIME FECHADO ADEQUADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> *I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*
> *II - Os requisitos para a imposição do regime semiaberto, constam no art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.*
> ***III - Sendo o paciente reincidente e fixada a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, §***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 87B67F17-3F40-466A-9507-D1096B1C389E

> ***2°, alínea b, do Código Penal, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, a manutenção do regime mais gravoso do que o cabível pelo quantum de pena imposta justifica-se na reincidência do paciente.***
> *Habeas Corpus não conhecido.*
> *(HC 434.946/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 10/04/2018)*

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dá-se provimento ao recurso especial** para fixar o regime fechado para o cumprimento inicial da reprimenda corporal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 87B67F17-3F40-466A-9507-D1096B1C389E