RECURSO ESPECIAL Nº 1.834.903 - SP (2019/0256812-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	IVONE LAPA (PRESA)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO WILD AFONSO OGAWA FILHO - DEFENSOR PÚBLICO - RS086384
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE	:	JEFFERSON LUIZ DE CERQUEIRA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO WILD AFONSO OGAWA FILHO - DEFENSOR PÚBLICO - RS086384
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **IVONE LAPA**, com amparo no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual ratificou a decisão do juízo de primeiro grau, que a condenou à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, em razão da prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 c/c o artigo 29 do Código Penal.

A recorrente afirma que teve sua pena diminuída no patamar máximo, por preencher os requisitos do chamado "tráfico privilegiado" - previsto no §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, motivo pelo qual se mostra contraditória a aplicação do instituto, com pena-base no mínimo legal e imposição de regime inicial de cumprimento de pena fechado

Requer a correção de erro na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a fim de que seja determinado o regime inicial aberto, bem como substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (e-STJ, fls. 527-556).

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 577-594).

Admitido o recurso (e-STJ, fls. 597-600), subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 636-642).

É o relatório.

Decido.

A pretensão recursal merece amparo.

Consoante se verifica dos autos, a réu foi condenada à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, em razão da prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 c/c o artigo 29 do Código Penal.

Sobre o tema, o Tribunal *a quo*, assim se manifestou:

> "Finalmente, correta a imposição do regime prisional fechado para ambos os corréus, por duas razões principais: a uma, porque foi determinada de forma precisa, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, e a duas, porque guarda plena sintonia com a gravidade do caso concreto e, ainda, com as seríssimas

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: E7F2C8CA-CE8B-42D9-A9C1-FBD3887D6252

> consequências deste delito, o qual atenta contra a saúde pública e dissemina o vício, contribuindo para a degradação da pessoa, da família e do convício social." (e-STJ, fls. 513-514).

Como se vê, no caso da ré, não foi apresentada fundamentação idônea para a fixação de regime inicial fechado. Com efeito, trata-se de pessoa primária, de bons antecedentes e que não se dedica, comprovadamente, às atividades ilícitas e nem integra organização criminosa. Além disso, a quantidade de droga apreendida em seu poder - 9,55 gramas de cocaína -, não se mostra elevada.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, devem ser observadas as diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Estabelecida a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o **regime aberto** é o adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.
>
> 2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. *In casu*, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, *"c"*, do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.
>
> 3. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta

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: E7F2C8CA-CE8B-42D9-A9C1-FBD3887D6252

> Quinta Turma.
> Na hipótese, constata-se que, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação da substituição da pena por restritiva de diretos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.
> *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena."
> (HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal. Cito, a propósito:

> "[...]
> 4. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.
> 5. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão que julgou a apelação, referiu-se apenas à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
> 6. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem à paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, além da substituição por restritiva de direitos.
> 7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais."
> (HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, dou provimento ao recurso especial para fixar o regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva, assim como para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.

Publique-se. Intimem-se.

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: E7F2C8CA-CE8B-42D9-A9C1-FBD3887D6252

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
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: E7F2C8CA-CE8B-42D9-A9C1-FBD3887D6252