

RECURSO ESPECIAL Nº 1.861.869 - SP (2020/0035216-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : VERA LUCIA MARIA DO CARMO (PRESA)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA - DEFENSOR
PÚBLICO - SP306040
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por VERA LÚCIA MARIA DO CARMO, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fls. 214):

Tráfico de drogas - Recurso defensivo pleiteando a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação do regime aberto - Autoria e materialidade do delito bem comprovadas, não se insurgindo a defesa quanto ao decreto condenatório - Pena fixada no mínimo - Impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Necessidade de imposição de tratamento mais rigoroso ao traficante - Regime prisional fixado com critério - Crime equiparado a hediondo, ensejando a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito - Personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública, de quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade - Negado provimento.

Opostos embargos de declaração, esses foram rejeitados (e-STJ fls. 239/241).

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 253/261), alega a parte recorrente violação dos artigos 33 e 59 do Código Penal. Sustenta a fixação do regime aberto ou semiaberto para o cumprimento da pena.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 264/266), o recurso foi admitido (e-STJ fls. 269), tendo o Ministério Público Federal opinado pelo

provimento do recurso especial (e-STJ fls. 279/283).

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 caso, estabelecida a pena definitiva da acusada em 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, primária a recorrente e sem antecedentes, e considerada a quantidade e a natureza de entorpecente apreendido (150 porções de maconha pesando 267,2g), o regime aberto é o adequado à prevenção e reparação do delito, sendo cabível, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso V, alínea "a", 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 aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução.

Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 03 de abril de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator