**RECURSO ESPECIAL Nº 1.799.358 - SP (2019/0051306-2)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO RIBEIRO DANTAS** |
| RECORRENTE | : | NICOLAS CARDOSO ARRUDA |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>RICARDO DE SANT ANNA VALENTI - DEFENSOR PÚBLICO - SP324471 |
| RECORRIDO | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO |

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por **NICOLAS CARDOSO ARRUDA** com amparo no art. 105, III, inciso "a", da Constituição Federal, de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo da defesa.

Nas razões recursais, alega a defesa violação dos artigos 33, § § 2º, *c*, e 44 do Código Penal.

Aduz que "para pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses, sem aumento na primeira fase da dosimetria por circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, não poderia ter sido fixado outro regime inicial que não o aberto, com substituição da pena corporal. Aplicam-se as Súmulas n. 718 e 719 do STF, assim como a Súmula n. 440 deste Sodalício" (e-STJ, fl. 201).

Obtempera, ainda, que o recorrente é primário, tem bons antecedentes, "não constando na sentença qualquer circunstância judicial desfavorável que recomende a não aplicação de uma pena alternativa" (e-STJ, fl. 204).

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 224-245).

Admitido o inconformismo (e-STJ, fl. 248), os autos ascenderam ao STJ.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento parcial do recurso especial para que seja fixado o regime inicial semiaberto (e-STJ, fls. 257-261).

**É o relatório**.

Decido.

O recurso merece prosperar.

O Tribunal *a quo* manteve o regime fechado e indeferiu a permuta da pena, nos seguintes termos:

> "O regime inicial fechado deve ser mantido, pois no caso sub judice a gravidade concreta da conduta já minuciosamente analisada desautoriza o estabelecimento de regime prisional mais brando (cf. artigo 59, III; c.c. artigo 33, § 3°, do Código Penal).
> Cumpridos, nessa quadra, os comandos de fundamentação das Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, independentemente da quantificação da pena-base.
> De outra parte, não obstante a decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n° 97.256/RS (Rel. Min. Ayres Britto, j. em 01.09.2010), reconhecendo, incidentalmente, a inconstitucionalidade parcial das vedações contidas nos artigos 33, § 4°, e 44, ambos da Lei n° 11.343/06, sedimentada pela Resolução n° 5/2012, do Senado Federal (que suspendeu a eficácia da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', inserta no § 4°

> do art. 33 do referido diploma legal), o apelante, pelas razões acima apontadas, também não faz jus à almejada substituição, nos termos do artigo 44, III, do Código Penal" (e-STJ, fl. 184).

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento as diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a 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.

O recorrente foi condenado pelo tráfico na forma privilegiada, sendo que a definição do modo inicial de cumprimento da pena deve estar atrelada à valoração das circunstâncias do art. 59 do CP, que, no caso, foram consideradas favoráveis. Sendo, assim, entendo que, uma vez preenchidos os requisitos legais, sobretudo quando não expressiva a quantidade de entorpecente apreendida - 62,3 gramas de maconha, e-STJ, fl. 182-, faz jus o recorrente à fixação do regime aberto, por ser adequado à prevenção e à reparação do delito em tela.

Confiram-se:

> "[...]
> 1. Não obstante a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, é possível operar-se a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, caso preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos necessários para a o deferimento da medida. Precedentes.
> 2. Na hipótese dos autos, diante da circunstâncias concretas do delito, tendo em vista a primariedade da agente, fixação da pena-base no mínimo legal, pequena quantidade de entorpecentes apreendidos, incidência da minorante de pena do tráfico privilegiado na fração máxima e da causa de aumento na fração mínima, não se vislumbra ilegalidade no julgado proferido pela Corte *a quo* que concedeu a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos.
> 3. Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no REsp 1.320.117/DF, Min. Rel. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA,DJe 01/02/2017).
>
> "[...]
> 1. Como referido na decisão agravada, pareceu à instância local, socialmente recomendável ao caso, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, não obstante as peculiaridades pertinentes à quantidade e à qualidade das drogas apreendidas.
> 2. Assim, para esta Corte proceder a novo juízo de valor acerca da conveniência ou não da referida conversão, fazendo-se substituir às instâncias ordinárias, soberanas na apreciação de fatos e provas, realmente, ferirá de morte o óbice da Súmula 7, cioso da vocação constitucional desta Casa, incumbida de dizer o direito.
> 3. Quanto ao regime inicial para o cumprimento da punição, a quantidade e a natureza da droga não haveriam mesmo de influenciar na fixação dele, uma vez que não tiveram robustez suficiente para elevar a pena do mínimo legal, além de o agravado

> ser primário e a reprimenda imposta em 2 anos e 6 meses de reclusão.
> 4. Portanto, a decisão agravada há de ser mantida incólume por seus próprios termos.
> 5. Agravo regimental improvido."
> (AgRg no AREsp 851.928/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016).

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e favorabilidade das circunstâncias do art. 59 do CP), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da execução.

Nesse sentido:

> "[...]
> Considerando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, o regime inicial aberto."
> (HC 339.471/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015).

> "[...]
> 2. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 nos julgamentos do HC 69.657/SP e do HC 97.256/RS, respectivamente, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação à conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
> 3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (7,7 gramas de cocaína, 2,65 gramas de crack e 2,5 gramas de maconha), o regime aberto é o adequado à prevenção e reparação do delito. Do mesmo modo, havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos."
> (HC 327.984/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015).

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, "c", do RISTJ, **dou provimento** ao recurso especial, para fixar o regime inicial aberto e deferir o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da Execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator