

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.849.160 - SP (2019/0345498-1)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**RECORRENTE : GLEISON CRISTIANO VENTURA MENDES (PRESO)**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADRIANO LINO MENDONÇA - DEFENSOR PÚBLICO**  
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

**GLEISON CRISTIANO VENTURA MENDES** interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0010680-40.2017.8.26.0037).

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado, em primeira instância à pena de **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão**, em **regime inicial fechado**, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput* e § 4º, c/c art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, porquanto trazia consigo **9,97 g de maconha e 1,08 g cocaína**. Na ocasião, foi substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso ministerial, para afastar a substituição da reprimenda.

Nas razões do recurso, a defesa pretende que seja **fixado regime inicial aberto e determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**.

Contrarrazões às fls. 363-370 e decisão de admissibilidade à fl. 389-390.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo **provimento** do recurso especial.

**Decido.**

No que tange ao **modo de cumprimento de pena**, o Tribunal de origem manteve a fixação do regime inicial **fechado**, conforme

a seguir descrito (fl. 258, grifei):

[...]

Dessa, forma, diante da análise do caso concreto, consoante os termos dos artigos 59 e 33 do Código Penal, levando-se em consideração a conduta, as gravíssimas consequências causadas à sociedade pelo crime de tráfico de entorpecentes e as circunstâncias desfavoráveis do crime, especialmente, como destacado pelo magistrado *a quo*, impõe-se a manutenção do regime mais gravoso, uma vez que a modalidade menos severa para o cumprimento da pena mostrar-se-ia insuficiente e inadequada à repressão do delito.

Não se pode olvidar que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Na espécie, constato que o Tribunal de origem manteve o regime inicial fechado com base, tão somente, na **gravidade abstrata do delito**, sem ter, todavia, apontado elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso.

Assim, uma vez que o paciente era tecnicamente **primário** ao tempo do delito, foi condenado a **reprimenda inferior a 4 anos de reclusão**, teve a **pena-base fixada no mínimo legal** (fl. 171) e foi **agraciado com a minorante** prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o "traficante ocasional", entendo que **o regime aberto** é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do ato criminoso praticado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Ademais, registro que, **embora haja sido apreendido cocaína em poder do acusado** (substância entorpecente dotada de alto poder viciante), a quantidade das drogas não foi elevada (**9,97 g de maconha e 1,08 g cocaína**), de modo que a natureza da substância não pode, por si só, ensejar a imposição de regime inicial mais gravoso de cumprimento de pena, notadamente quando verificado que **todas as demais circunstâncias são favoráveis ao acusado, que foi condenado à reduzida reprimenda de 1 ano, 10 meses e 10 dias de prisão**.

De igual sorte, no que tange à pretendida **substituição da pena por restritiva de direitos**, registro que, para a concessão do benefício, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram previstos no art. 44 do Código Penal.

No caso, tendo em vista que todas as circunstâncias são **favoráveis** ao acusado (conforme já salientado por ocasião da escolha do regime inicial de cumprimento de pena), não vejo como concluir que a substituição da reprimenda não seja medida socialmente recomendável.

Portanto, entendo evidenciada a apontada violação legal, razão pela qual deve ser substituída pena privativa de liberdade do recorrente por **duas** restritivas de direitos, nos termos em que estabelecidas pelo Magistrado de origem.

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do Código de Processo Civil de 2015, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, e no art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, **dou provimento ao recurso especial**, a fim de estabelecer ao recorrente o **regime inicial aberto** de cumprimento de pena e determinar a **substituição da reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos**, restabelecida a sentença condenatória no ponto (Processo n. 0010680-40.2017.8.26.0037, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Araraquara – SP).

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão ao Juízo de primeiro grau.

Publique-se e intemem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ  
Relator