

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.841.384 - SP (2019/0296602-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**RECORRENTE** : MATHEUS HENRIQUE DOS SANTOS DA SILVA (PRESO)  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
JOAO PAULO BONATELLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP316788  
**RECORRIDO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas com causa de aumento), à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 194 dias-multa.

A defesa interpôs apelação, buscando a desclassificação da conduta, a fixação de regime mais brando e a conversão da pena corporal.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso, conforme a seguinte ementa (fl. 186):

*Apelação. Crime de tráfico de drogas. Desclassificação para o crime de porte para consumo pessoal. Impossibilidade. Autoria, materialidade e indicação de traficância demonstrados. Fixação de regime inicial mais brando. Impossibilidade. Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Não cabimento. Reconhecimento da menoridade. Necessidade, mas sem alteração na sanção penal. Parcial provimento ao recurso.*

Irresignada, a defesa interpôs recurso especial por violação dos arts. 33, § 2º, "c", e 44, I, II e III, do Código Penal.

Sustenta, em síntese, que o recorrente é primário, as circunstâncias judiciais são favoráveis, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça e a pena foi fixada abaixo de 4 anos.

Assevera que não há motivação concreta para a imposição do regime fechado, sendo cabível o regime aberto e a substituição da pena privativa por restritivas de

direitos.

Contrarrazões às fls. 221/230, o recurso foi admitido na origem, tendo o Ministério Público Federal opinado pelo provimento do recurso especial (fls. 243-247).

É o relatório. Decido.

A irresignação merece provimento.

Verifica-se que a imposição do regime fechado está lastreada exclusivamente na vedação legal – inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte. De outra parte, na hipótese, há ofensa ao Enunciado n. 440 da Súmula do STJ, que assim dispõe: *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.*

No caso, a pena definitiva foi fixada em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, sendo cabível a fixação do regime inicial aberto, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, "c", e § 3º do Código Penal.

Com efeito, observo que o recorrente preenche os requisitos previstos no art. 33, § 2º, "c", e 3º, e 44 do Código Penal, na medida em que as circunstâncias judiciais o favorecem e a quantidade de drogas apreendidas não foi expressiva (cerca de 16g de maconha). Assim, o acórdão impugnado merece reparo no que concerne à fixação do regime inicial e à substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Confirmam-se nesse sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO PROCESSO. PROVAS ILÍCITAS. APREENSÃO DE CELULAR. ILEGALIDADE. DILIGÊNCIA POLICIAL EM DOMICÍLIO SEM MANDADO JUDICIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.*

[...]

*DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO. REQUISITOS ATENDIDOS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.*

*1. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o*

*agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa.*

2. Neste caso, a eg. Corte de origem deixou de aplicar o benefício em seu patamar máximo sem fundamentar adequadamente a fração escolhida, sendo certo que, diante das circunstâncias do caso concreto, especialmente a pequena quantidade de drogas apreendidas em poder do acusado (73,3 g de maconha e 5,1 g de cocaína), autorizam a aplicação da fração redutora no patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Considerando-se o quantum final de pena aplicado, além da favorabilidade das circunstâncias judiciais, mostra-se viável no caso concreto o estabelecimento do **regime aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

4. Da mesma forma, preenchendo o paciente os pressupostos objetivos elencados no art. 44 do Código Penal e por se entender que a medida é suficiente para a prevenção e repressão do crime em que findou condenado, sendo ainda socialmente recomendável, diante das especificidades já apontadas, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução criminal.

5. Agravo regimental parcialmente provido (AgRg no AREsp 1.235.415/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 17/08/2018).

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DA AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DA SUBSTÂNCIA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

2. Hipótese em que, embora a Corte de origem tenha se valido da quantidade e da natureza da droga (0,678g de crack) para afastar a incidência do redutor, à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva da ora agravada, considerando sua

*primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal (2/3), sobretudo quando não expressivo o montante de entorpecente apreendido. Precedentes.*

*3. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.*

*4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

*5. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.680.965/MA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 31/10/2017).*

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE PEQUENA DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA APLICADA DE 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL - CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*2. Sendo a quantidade de droga apreendida não muito elevada, as circunstâncias judiciais favoráveis, a pena-base fixada no mínimo legal, a pena aplicada ser inferior a 4 anos, tendo sido reduzida inclusive com o patamar máximo do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, não há justificativa para aplicar regime prisional mais gravoso e vedar a substituição da pena por restritiva de direitos, devendo ser imposto o regime aberto, bem como ser concedida a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", e art. 44, ambos do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.*

*Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, e revogar o acórdão impugnado quanto à execução provisória da pena. (HC 422.049/SC, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 20/02/2018).*

# *Superior Tribunal de Justiça*

Portanto, considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal, a primariedade do réu e a pena definitiva estipulada em patamar inferior a 4 anos, correta a fixação do regime inicial aberto, nos termos do referido dispositivo legal acima mencionado. Além disso, cabível também a substituição da sanção privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

Ante o exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou provimento ao recurso especial para fixar ao recorrente o regime inicial aberto e conceder a substituição da pena corporal, nos termos da fundamentação acima.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de dezembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator