



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.160.960 - SP (2017/0231380-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : EMERSON DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. Estabelecida a pena em 1 ano e 8 meses, sendo primário o réu e favorável a análise das circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, sobretudo quando não expressiva a quantidade de droga apreendida – 26,8 g de maconha e 2,7 g de cocaína.
2. Preenchidos os requisitos legais, deve ser substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, uma vez que suprimidas do texto legal, mediante a Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, os óbices que vedavam a concessão da permuta legal aos condenados pelo delito de tráfico de drogas.
3. Agrado regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agrado regimental. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.160.960 - SP (2017/0231380-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **EMERSON DOS SANTOS**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra decisão, de minha lavra, na qual dei provimento ao recurso especial da defesa para "fixar o regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva, assim como para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser estabelecida pelo Juízo da execução".

O recorrente alega violação dos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006, 33, § 3º, e 44 do Código Penal, sob o argumento de que a) "a natureza e quantidade da droga apreendida - *in casu* 20 (vinte) invólucros de maconha e 4 (quatro) de cocaína - aliados à confissão do agravado de que eram realmente destinadas à venda (fl. 82), são fatores que indicam a gravidade e a nocividade concreta da conduta e justificam de forma idônea a fixação de regime de cumprimento de pena mais gravoso" (e-STJ, fl. 229) e b) "pelos mesmos motivos, à luz dos elementos do caso concreto, ou seja, diante da natureza, da diversidade e da quantidade de drogas apreendidas, e nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, afigura-se inviável a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos" (e-STJ, fl. 229).

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada para que seja restabelecido o regime fechado e afastada a substituição legal do art. 44 do CP.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.160.960 - SP (2017/0231380-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : EMERSON DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. Estabelecida a pena em 1 ano e 8 meses, sendo primário o réu e favorável a análise das circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, sobretudo quando não expressiva a quantidade de droga apreendida – 26,8 g de maconha e 2,7 g de cocaína.
2. Preenchidos os requisitos legais, deve ser substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, uma vez que suprimidas do texto legal, mediante a Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, os óbices que vedavam a concessão da permuta legal aos condenados pelo delito de tráfico de drogas.
3. Agrado regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

O inconformismo do agravante não merece prosperar.

A decisão agravada, a seguir transcrita, deve ser mantida por seus próprios fundamentos, pois está em consonância com a jurisprudência desta Corte:

"A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

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 às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao 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.

Outrossim, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que vedavam a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito, tendo sido, inclusive, tal proibição suprimida do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Não há, desse modo, qualquer óbice à concessão da referida benesse aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

Na hipótese, o regime mais severo (o fechado) e a negativa da permuta legal têm como base mera fundamentação *ope legis*, decorrente de normas já declaradas inconstitucionais, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Desse modo, tendo em vista o *quantum* da sanção aplicada (1 ano e 8 meses de reclusão) e a análise favorável das circunstâncias judiciais, o recorrente deve iniciar o cumprimento da pena reclusiva no modo aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 APLICADA NO PERCENTUAL MÁXIMO. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44 DO CP PREENCHIDOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. O agravado foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no artigo 273, § 1º, B, I, do Código Penal, e 1 ano e 8 meses de reclusão, pela prática do delito praticado do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006, no total de 3 anos e 6 meses de reclusão.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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. Diante disso, há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado.

3. Adequado o regime aberto considerando-se a ausência de circunstâncias judiciais negativas e a incidência da fração máxima da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

4. Tendo em conta o quantum da pena aplicada e a ausência de circunstâncias judiciais negativas e de violência nos crimes cometidos, faz jus o recorrente à substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos (art. 44 do CP).

5. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 980.375/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 17/03/2017).

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e valoração favorável das circunstâncias judiciais), é cabível a substituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo de Execução.

Cito, a propósito, o seguinte precedente:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRIMARIEDADE. BONS ANTECEDENTES. NÃO DEDICAÇÃO À CRIMINALIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. PATAMAR MÁXIMO DE 2/3. FIXADO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No caso em concreto, levando em conta a primariedade do recorrente, seus bons antecedentes, a ausência de elementos concretos que indiquem a dedicação à criminalidade ou integre organização criminosa, entende-se que estas circunstâncias, e mais: 8,1g de crack e o fato de não demonstrar atividade lícita, não se prestam a afastar por completo a benesse, devendo o acórdão ser reformado.

2. Assim, considerando não ser expressiva a quantidade da droga e não havendo outras circunstâncias que denotem que o recorrente se dedique à atividade criminosa nem integre organização criminosa, associadas ao fato de ser primário e possuir bons antecedentes, entendo que faz jus à incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 2/3, ao caso em tela.

3. 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, faz jus o recorrente a fixação do regime aberto e a substituição da pena, por serem adequados à prevenção e à reparação do delito em tela.

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 1.106.967/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 22/09/2017).

Ante o exposto, conheço do agravo e **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."

Com efeito, nos termos do entendimento firmado nos Enunciados Sumulares n. 440/STJ e 718 e 719 do STF, o estabelecimento do regime mais severo do que o legalmente previsto para o *quantum* da pena aplicada exige fundamentação concreta.

Na espécie, embora o Tribunal de origem tenha destacado a natureza e a quantidade da droga para justificar o regime inicial fechado e o afastamento da permuta legal, trata-se, na verdade, de apreensão de 26,8 g de maconha e 2,7 g de cocaína. Logo, sendo primário o réu e favoráveis as circunstâncias judiciais, o início do cumprimento da pena no regime aberto é o **mais adequado** à reprovação do fato delitivo.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0231380-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no**
AREsp 1.160.960 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000553620158260224 0034730000 21/2015 212015 34730000 553620158260224
RI003473V0000

PAUTA: 28/11/2017

JULGADO: 28/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EMERSON DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : EMERSON DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.