



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.654.286 - SP (2017/0032513-1)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : CLEBER MOLINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. GRAVIDADE ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não subsiste a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista na parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido declarado inconstitucional, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com a edição da Resolução 05/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal.

2. A fundamentação contida no acórdão impugnado baseada na gravidade abstrata do delito não pode ser admitida para fins de impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sobretudo em razão de ser o réu primário, detentor de bons antecedentes, condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, motivo pelo qual faz jus à conversão da reprimenda, nos termos do art. 44 do CP.

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de abril de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.654.286 - SP (2017/0032513-1)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **CLEBER MOLINA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal em face de decisão que deu provimento ao recurso especial.

Alega que, embora a instância ordinária negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos com base na gravidade abstrata, sustenta a possibilidade de agregar novos fundamentos nesta Corte decorrente da quantidade, natureza ou variedade de drogas apreendidas ou devolva ao Tribunal de origem para que se manifeste novamente sobre a aludida questão.

Requer a reconsideração da decisão atacada ou a apresentação do feito em mesa para que a Turma dê provimento ao agravo regimental para que seja afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou anulado o acórdão investido para que seja devolvido os autos à origem para nova apreciação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.654.286 - SP (2017/0032513-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

A decisão objeto da presente irresignação foi prolatada nos seguintes termos (fls. 313/318):

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado (fls. 224/225):

Tráfico de entorpecentes — Agente que traz consigo substância estupefaciente — Desnecessidade de flagrância na prática de oferta gratuita ou de venda — Pretendida desclassificação para porte de entorpecentes (art. 28 da Lei n. 11.343/06) — Descabimento para a realização do tipo penal previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, não se exige estado de flagrância na prática de qualquer ato indicativo de oferta gratuita ou de venda da substância entorpecente, uma vez constar dentre os núcleos verbais ali relacionados aquele de "trazer consigo".

Provado o dolo genérico de traficar, tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/06, não cabe a desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/06, se for observado que as demais circunstâncias que cercaram a prisão do acusado dão conta da caracterização do tráfico de entorpecentes.

Tráfico de entorpecentes — Materialidade e autoria comprovadas por depoimentos de policiais cujo conteúdo é harmônico com o conjunto probatório — Validade.

No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a prisão do acusado são válidas e têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o contrário.

Pena — Regime inicial — Tráfico de entorpecentes — Imposição legal do sistema fechado para início do cumprimento de pena — Não subsistência do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 — Entendimento da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal — Fixação que continua a ser regida pelos parâmetros objetivos e subjetivos contidos nos artigos 33, § 31 e 59, do CP.

O entendimento predominante nos tribunais tem sido no sentido de que, em se cuidando de tráfico de entorpecentes, - não mais subsiste a vedação legal (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90) à fixação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial para cumprimento de pena privativa de liberdade diverso do fechado. O entendimento lastra-se no fato do Senado Federal ter editado a Resolução n. 5/2012, pela qual cessou a executoriedade da proibição da conversão da pena de prisão imposta em mera restrição de direitos. Se não mais existe óbice à referida conversão, com muito mais razão não se poderia subtrair do Magistrado a ampla liberdade na fixação do regime inicial para cumprimento de pena. O regime inicial para cumprimento de pena continua, todavia, sendo fixado consoante os parâmetros enumerados no art. 59 do CP, ao qual faz remissão o art. 33, § 3º, do CP, de modo que, para ser adotado de regime de pena mais brando o sentenciado deverá preencher não apenas os requisitos objetivos, mas também aqueles de natureza subjetiva.

Tráfico de entorpecentes — Conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos — Possibilidade, em tese, dada a inconstitucionalidade de parte da redação § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 — Benefício cuja concessão é condicionada, todavia, ao atendimento dos requisitos contidos nos incisos do art. 44 do CP.

Não mais se questiona a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida na redação original do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, uma vez que à declaração do STF nesse sentido se seguiu suspensão de sua executividade por resolução do Senado Federal (Resolução n. 5/2012). A concessão do benefício fica condicionada, todavia, ao atendimento dos requisitos contidos nos incisos do art. 44 do CP pelo interessado.

Sustenta o recorrente violação dos arts. 33, § 2º e 3º, e art. 59 do CP ante a fixação de regime mais gravoso sem fundamentação idônea, mormente por ter sido fixada a pena-base no mínimo legal.

Alega ofensa ao art. 44, caput, I, II e III, do Código Penal em razão da presente dos requisitos para substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos.

Requer, assim, a reforma o acórdão recorrido, a fim de que seja fixado regime menos gravoso com a substituição da sanção corporal por restritiva de direitos.

Contra-arrazado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento parcial do recurso, apenas para fixar regime semiaberto.

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa, no regime fechado, pela prática do crime descrito no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Quanto ao regime prisional, trago, por oportuno, à colação dos seguintes excertos do acórdão recorrido (fls. 234/235):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso ora em apreço, o ora apelante não preenche, contudo, os requisitos que permitiriam, quer a incidência de referida conversão, quer a escolha de regime mais benéfico que o fechado para início do cumprimento da pena, dada a gravidade da dinâmica dos fatos perpetrados; **tendo sido constatada quantidade não desprezível de entorpecente (59 invólucros de maconha e 49 porções de cocaína, substância das mais nocivas à saúde e de poder altamente viciante), é necessário o emprego de maior rigor por parte do Estado, cabendo a adoção do regime fechado para início do cumprimento de pena, previsto no art. 33, § 2º, alínea "a", do CP.**

Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e/ou a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- 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.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- **Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade e variedade das drogas apreendidas, o que, a princípio, revela a inexistência de coação**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegal a ser sanada.

[...]

- Ordem concedida ex officio, para, confirmando a liminar deferida, modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial aberto e permitir a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pela Corte local.

(HC 380.083/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 21/02/2017).

Ressalta-se que, no caso, foram apreendidos 147,9 gramas de substância estupefaciente (49 porções de cocaína; e 59 invólucros de maconha) (fls. 226).

Todavia, embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 1 ano e 8 meses de reclusão -, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime semiaberto. No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, **a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo.** Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade, variedade e na nocividade das drogas apreendidas (crack, cocaína e maconha).

- **Embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos (pena de 2 anos e 6 meses de reclusão), cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.**

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 382.359/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. QUANTUM DA DIMINUIÇÃO DA DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. RAZOABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. ILEGALIDADE. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. A quantidade e natureza da droga apreendida podem interferir na escolha do percentual da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de n. 11.343/2006. Precedentes.

3. O quantum da condenação (2 anos e 6 meses), a primariedade, a **as circunstâncias judiciais favoráveis e a quantidade e a natureza da droga apreendida (45,3g de cocaína) permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto**, conforme art. 33, § 2º, alínea b, do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 310.633/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015).

Quanto à pretendida substituição da pena corporal, o voto condutor assim referiu (fl. 235):

*Estão, pelo mesmo motivo, ausentes os requisitos do art. 44 do CP, que relaciona as hipóteses nas quais é possível a conversão. Ainda que preenchidas as condições relacionadas nos dois primeiros incisos (inc. I: pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, aplicada em crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e; inciso II: não reincidência em crime doloso), **não cabe no caso concreto a conversão eis que não foi igualmente atendida a exigência contida no inciso III, que determina caber mencionada conversão apenas se "os motivos e as circunstâncias" a indicarem como suficiente. Não é o caso.***

Em se cuidando de crimes que sejam referentes a tráfico de maior nocividade, como o ora sentenciado, aludidos benefícios são evidentemente inadequados à prevenção, à repressão ou ainda à reeducação do condenado, pois sua permanência em liberdade viria desacompanhada de qualquer instrumento que o impedisse inclusive de reincidir em sua conduta, pondo a perder não apenas a sociedade, mas sua própria recuperação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, é bem verdade que a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, também não subsiste, tendo sido declarada inconstitucional, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. Carlos Ayres Britto - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O entendimento passou, desde então, a ser adotado pelo STJ: AgRg no HC 121.111/SP, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe de 17/12/2010, e EDcl no HC 122.269/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 22/11/2010.

Em 15/2/2012, com a edição da Resolução 05/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da mencionada vedação legal, in verbis:

RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

O Senado Federal resolve:

*Art. 1º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do **Habeas Corpus** nº 97.256/RS.*

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012.

Nesse contexto, afastada a vedação legal, indispensável o apontamento de justificativa concreta e idônea para impedir a substituição da pena prevista no art. 44, CP, havendo no caso flagrante ilegalidade a ser sanada, porquanto justificada a negativa apenas na gravidade abstrata do delito, o que não se admite.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, do RISTJ e na Súmula 568/STJ, dou provimento ao recurso a fim de fixar o regime semiaberto e ainda determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a ser estabelecida pelo Juízo das execuções.

Sendo assim, incabível o acolhimento do pleito recursal em razão de que a fundamentação contida no acórdão impugnado baseada na gravidade abstrata do delito não pode ser admitida para fins de impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sobretudo em razão de ser o réu primário, detentor de bons antecedentes, condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, motivo pelo qual faz jus à conversão da reprimenda, nos termos do art. 44 do CP, sendo desnecessária a devolução dos autos à origem para fins de aferição em concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, considerando que o agravante não apresentou qualquer elemento capaz de alterar a conclusão do julgado, mantenho o posicionamento firmado na decisão agravada.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0032513-1

AgRg no
REsp 1.654.286 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01045158220138260050 1045158220138260050 20160000052773 20160000426741
68/2014 682014 RI002TS5N0000

PAUTA: 19/04/2018

JULGADO: 19/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **CLEBER MOLINA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
CORRÉU : **EVANDRO SALES DE PAULA**

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **CLEBER MOLINA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.