



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.496.432 - DF (2014/0288791-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
AGRAVADO : ALVINA BENTO DOS SANTOS
ADVOGADO : LEANDRO NUNES DE LIMA - DF022927

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO APLICÁVEL. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. INTRODUÇÃO DE ENTORPECENTE NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. MOTIVO POR SI SÓ INIDÔNEO DE IMPEDIMENTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e n. 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. *In casu*, o Tribunal de origem decidiu em sintonia com a jurisprudência desta Corte, na medida em que as circunstâncias judiciais são favoráveis e a quantidade de droga apreendida não foi determinante para a fixação do regime mais gravoso.

3. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve ser aplicada, sendo que a intenção de introduzir substância entorpecente em estabelecimento prisional não é motivo idôneo para impedir, por si só, essa conversão, devendo ser analisada em consonância com as circunstâncias concretas do delito. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

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 agravo regimental.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 26 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.496.432 - DF (2014/0288791-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**
AGRAVADO : **ALVINA BENTO DOS SANTOS**
ADVOGADO : **LEANDRO NUNES DE LIMA - DF022927**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de fls. 335/341, em que neguei provimento ao recurso especial para manter o v. acórdão proferido pelo Tribunal de origem que fixou o regime aberto, na medida em que as circunstâncias judiciais e a quantidade de droga apreendida não foram determinantes para a fixação do regime mais gravoso, bem como ao considerar o quantitativo da pena em patamar inferior a 4 anos e a aplicação do benefício do tráfico privilegiado para manter a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O *Parquet* distrital alega que: "*o apelo raro teve como fundamento de sua interposição não apenas a existência de divergência jurisprudência, mas também a contrariedade à lei federal - suscitou-se, na espécie, a violação ao art. 44, inciso III, Do Código Penal, bem como a negativa de vigência ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06.*" (fl. 351).

Sustenta ainda que a impossibilidade de substituição da pena, em razão do tráfico ter sido praticado no interior do estabelecimento prisional e a inviabilidade da fixação de regime aberto, diante da natureza e da quantidade da droga, não foram objeto de análise na decisão agravada (fl. 352).

Requer, assim, a reconsideração do julgado para que seja aplicado regime mais gravoso e afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a reforma pelo colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.496.432 - DF (2014/0288791-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

O agravante não trouxe nenhum argumento apto a desconstituir o fundamento do decisório agravado.

Quanto ao regime prisional e à substituição da pena, reitero o *decisum* no sentido de que, sendo a apelada primária, a quantidade de pena imposta moderada **(dois anos, um mês e vinte dias de reclusão e ao pagamento de duzentos e treze dias-multa)**; existente apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis e a quantidade de droga apreendida não vultuosa, mostra-se correta a fixação do regime inicial aberto. Nesses termos restou consignado no acórdão recorrido (fls. 231/237):

Regime inicial de cumprimento da pena

O Ministério Público requereu o estabelecimento de regime mais gravoso que o aberto, com fundamento no artigo 33, § 3º, do Código Penal. Sustentou que as circunstâncias judiciais foram consideradas desfavoráveis à apelada, exigindo-se a fixação de regime mais rigoroso.

A ilustre Procuradoria de Justiça consignou, em seu parecer (fl. 183), ser incompatível a fixação de regime inicial aberto, com o tráfico de entorpecentes praticados em desfavor da população carcerária.

Sem razão o ilustre "parquet".

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no julgamento do HC 111.840, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do . artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, com redação dada pela Lei nº 11.464/2007, o qual previa que a pena por crime hediondo (e, por conseguinte, por crime de tráfico, equiparado aos hediondos) seria cumprida, inicialmente, em regime fechado.

Nesse sentido, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena observará o regramento previsto no Código Penal, vale dizer, da quantidade da pena (artigo 33, § 2º) e das condições pessoais do condenado (artigo 33, § 3º). De posse desses instrumentos, compete ao magistrado aferir qual o regime inicial mais adequado ao cumprimento da pena.

*Com efeito, tendo em vista que a apelada é primária, a quantidade de pena imposta foi moderada **(2 (dois anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 213 (duzentos e treze dias-multa))**; apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis e a quantidade de droga apreendida não foi vultuosa, mostra-se correta a fixação do regime inicial aberto.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por sua vez, o simples fato de o entorpecente se destinar à população carcerária, não se mostra argumento suficiente a exigir fixação de regime mais gravoso. Entende-se que a resposta punitiva do Estado, na hipótese em comento, se mostra suficiente, mormente, quando a droga sequer chegou a ingressar à posse dos detentos.

Nesse sentido, no que pertine à compatibilidade da fixação de regime inicial aberto nos crimes de tráfico cujo destino seja a população carcerária, colaciono os seguintes julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Em recente julgado publicado no informativo 536, o Superior Tribunal de Justiça permitiu a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, ao entendimento de que a intenção de introduzir substância entorpecente em estabelecimento prisional não é motivo idôneo sequer a impedir, por si só, a conversão, devendo ser analisada em consonância com as circunstâncias judiciais — tal qual se exige para a concessão do regime aberto.

Confira-se:

[...]

Desse modo, demonstra-se irretocável a decisão que estabeleceu o regime inicial aberto.

Conversão por Pena Restritiva de Direitos

Sustentou o apelante, a ausência de preenchimento dos requisitos previstos no artigo 44, do Código Penal.

Pontuou que, com a não concessão da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º ("tráfico privilegiado"), a reprimenda seria superior a quatro anos, impedindo a conversão em restritiva de direitos com fundamento no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Consignou que o crime de tráfico foi praticado com grave ameaça à pessoa, asseverando que "a difusão de substâncias nocivas à saúde pode ser entendida como grave ameaça à pessoa".

Por fim, revelou que para a aplicação da pena alternativa, far-se-ia necessário que a apelada não fosse reincidente em crime doloso, e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias indicassem que a a apelada não voltaria a delinquir.

Sem razão o ilustre "parquet".

A pena privativa de liberdade foi estabelecida no patamar de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão. Na terceira fase de dosimetria da pena, verificou-se que a apelada fazia jus à causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, do Código Penal, na medida em que primária, de bons antecedentes, não se dedicava a atividade criminosa e não integrava organização criminosa. Logo, depois de realizadas todas as etapas da dosimetria da pena, chegou-se a reprimenda inferior ao patamar de quatro anos, adimplindo o primeiro requisito constante do artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Por sua vez, ao contrário do que aduziu o apelante, o delito de tráfico de drogas não se subsume ao conceito de "grave ameaça à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pessoa". Segundo o abalizado escólio do jurista Cezar Roberto Bitencourt, "in" Código Penal Comentado, 7ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, pág. 672:

[..]

O delito de tráfico configura espécie de crime vago, eis que tem como sujeito passivo toda a coletividade, razão pela qual descabe falar em seu cometimento, seja por violência ou grave ameaça à pessoa.

Prosseguindo. A apelada é primária e as circunstâncias judiciais lhes são amplamente favoráveis, configurando sua primeira incursão no mundo do crime, razão pela qual a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se mostra adequada e suficiente.

A propósito:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. POSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO JURÍDICA DE FATOS ESTABELECIDOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. ANÁLISE. POSSIBILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Mesmo para os crimes hediondos ou outros a eles equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

2. Após a edição da Resolução n. 5 de 15 de fevereiro de 2012, do Senado Federal, determinando a suspensão da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tornou-se possível a substituição da pena privativa de liberdade aplicada aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

[...]

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.451.799/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 13/5/2015)

Ademais, conforme ressaltado pelo Tribunal de origem: "o Superior Tribunal de Justiça permitiu a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, ao entendimento de que a intenção de introduzir substância entorpecente em estabelecimento prisional não é motivo idôneo sequer a impedir, por si só, a conversão, devendo ser analisada em consonância com as circunstâncias judiciais — tal qual se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exige para a concessão do regime aberto." (fl. 235). Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO PRATICADO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. ACUSADA PRIMÁRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE (38,95G DE MACONHA). SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

I. É possível a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos, caso preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, não obstante a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06.

II. No caso, diante das circunstâncias concretas do delito - 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.

III. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.430.827/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe de 21/06/2017)

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0288791-7

AgRg no
REsp 1.496.432 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00049339020138070001 20130110172419 49339020138070001

EM MESA

JULGADO: 26/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
RECORRIDO : ALVINA BENTO DOS SANTOS
ADVOGADO : LEANDRO NUNES DE LIMA - DF022927

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 DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
AGRAVADO : ALVINA BENTO DOS SANTOS
ADVOGADO : LEANDRO NUNES DE LIMA - DF022927

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.