



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 623.290 - SP (2014/0317903-2)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **ALEX MATHEUS SANTOS PAULINO**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena reclusiva ser inferior a 4 anos, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas em poder do recorrente – 6g de crack e 9,54g de cocaína –, justificam a imposição do regime semiaberto.

2. Em razão da natureza das drogas, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, por não ser medida suficiente à prevenção e repressão do delito.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de agosto de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 623.290 - SP (2014/0317903-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por ALEX MATHEUS SANTOS PAULINO contra decisão de minha lavra, que conheceu do agravo do art. 544 do Código de Processo Civil para dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Sustenta o agravante a mínima potencialidade lesiva dos entorpecentes, considerando a pequena quantidade de drogas apreendidas, as quais seriam consumidas por apenas uma pessoa em um único dia, conforme estudos empíricos da área de saúde pública (fl. 318).

Cita precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal a respeito de casos de apreensão de *crack*, requerendo, com isso, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pleiteia, assim, a reconsideração da decisão impugnada ou a sua submissão ao colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 623.290 - SP (2014/0317903-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

No julgamento do HC n. 111.840/ES, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25/7/1990, com a redação da Lei n. 11.464, de 28/3/2007, e afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, observando-se o disposto nos artigos 33 e 59 do Código Penal.

A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, em casos tais, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012).

Conforme asseverado na decisão monocrática, o Tribunal de origem fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena e negou a substituição da pena não somente pelo fato de se tratar de crime hediondo, mas também pela espécie de drogas apreendidas em poder do agravante – 6g de crack e 9,54g de cocaína –, registrando, no que interessa:

Anota-se, por fim, que o regime fechado é o único possível em face do caráter hediondo do crime perpetrado, a teor do que estabelece o artigo 2º, § 1º, da Lei no. 8.072/90.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, não obstante a recente suspensão, pela Resolução no. 5/2012, do Senado Federal, da execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", do § 4º do artigo 33 da Lei no. 11.343/2006, decorrente da declaração incidental de inconstitucionalidade dessa expressão pelo E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus no. 97.256/RS.

(...)

De qualquer forma, as circunstâncias concretas do fato em tela, de si, bastam a inviabilizar a imposição de regime menos severo e a substituição da pena privativa de liberdade: trata-se de tráfico de droga altamente pernicioso (cocaína e crack), praticado ousadamente em via pública, em plena luz do dia. Grifos acrescidos.

Com se vê, a instância de origem apontou circunstância concreta que impediu a fixação do regime mais brando, vale dizer, o aberto, mas possibilita o estabelecimento do regime intermediário.

No caso, a despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena reclusiva ser inferior a 4 (quatro) anos, entendo que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diversidade e natureza das drogas apreendidas em poder do recorrente justificam a imposição do regime semiaberto, reclamando o delito cometido maior intensidade na retribuição penal.

Sobre o tema, colaciono o seguinte precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, C.C. ART. 29, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA FINAL INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ELEMENTOS CONCRETOS. ADEQUAÇÃO. (3) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

2. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime intermediário quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, as instâncias de origem destacaram particularidade fática, que impede a fixação do regime mais brando, mas possibilita o estabelecimento do regime intermediário. Esclareça-se que sendo a reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não há respaldo para o estabelecimento do regime inicial fechado, eis que para condenado não reincidente o Código Penal possibilita o cumprimento de pena inclusive no regime aberto.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão. (HC n. 281.720/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 18/8/2014)

De outro lado, considerando a natureza das drogas apreendidas, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, por não ser medida suficiente à prevenção e repressão do delito.

Nesse sentido:

PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS. ART. 42 DA LEI 11.343/06 E ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE RECONHECIDA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. No contexto de racionalização do emprego do habeas corpus, mostra-se indevida a sua utilização como sucedâneo recursal.

2. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser sanada. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. In casu, estando devidamente fundamentada a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da natureza da substância entorpecente apreendida - cocaína na forma de crack (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado no que tange a essa questão.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, ratificada a liminar, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, aplicar o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda.

(HC 298.223/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014) Grifos acrescidos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0317903-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 623.290 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00099274120128260625 6250120120099272 92612 9262012 99274120128260625

EM MESA

JULGADO: 04/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ALEX MATHEUS SANTOS PAULINO
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 REGIMENTAL

AGRAVANTE : ALEX MATHEUS SANTOS PAULINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.