



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 308.543 - SC (2014/0288924-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : CARLOS HENRIQUE RODRIGUES LOPES (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONDENADO PRIMÁRIO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGISTRO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO DO ART. 44, III, DO CP NÃO PREENCHIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Após a declaração incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime inicial fechado, haja vista que, para estabelecer o regime de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos, do Código Penal.

2. O paciente não reincidente, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, mas com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (natureza altamente lesiva da droga apreendida – *crack*), deverá cumprir a pena no regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 3º, do CP.

3. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois não preenchido o art. 44, III, do CP, haja a vista "o comércio de espécie de droga de altíssimo poder destrutivo – *crack* ", que "dava-se há vários meses".

4. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de junho de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 308.543 - SC (2014/0288924-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : CARLOS HENRIQUE RODRIGUES LOPES (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

CARLOS HENRIQUE RODRIGUES LOPES interpõe agravo regimental contra decisão monocrática de minha lavra, na qual neguei seguimento à impetração, mas, dada a evidência da coação ilegal apontada, concedi a ordem, de ofício, para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

O agravante afirma que, como foi "condenado a uma pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, não há como sustentar o regime semiaberto, devendo ser imposto o regime inicialmente aberto" (fl. 443). Defende que merece ser analisada a aplicação do art. 44 do CP, pois a negativa da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos "se funda somente na natureza e quantidade de droga" (fl. 444).

Requer a concessão do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 308.543 - SC (2014/0288924-2)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONDENADO PRIMÁRIO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGISTRO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO DO ART. 44, III, DO CP NÃO PREENCHIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Após a declaração incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime inicial fechado, haja vista que, para estabelecer o regime de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos, do Código Penal.

2. O paciente não reincidente, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, mas com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (natureza altamente lesiva da droga apreendida – *crack*), deverá cumprir a pena no regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 3º, do CP.

3. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois não preenchido o art. 44, III, do CP, haja a vista "o comércio de espécie de droga de altíssimo poder destrutivo – *crack* ", que "dava-se há vários meses".

4. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

O agravante sustenta o cabimento do regime inicial aberto e pleiteia a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos que, de fato, não foi analisada na decisão agravada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I. Contextualização

O paciente, primário e **com registro de circunstância judicial desfavorável** na primeira etapa da dosimetria, foi condenado a **2 anos e 6 meses de reclusão**, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Consoante o apurado:

[...] policiais militares, que se encontravam monitorando a residência do acusado por suspeitas de ligação com narcotráfico, perceberam que o usuário Evandro Vieira de Souza teria adquirido droga na casa do réu, tendo este recebido em troca um aparelho DVD, marca Panasonic. Neste momento procederam uma abordagem, seguida de busca domiciliar, culminando na apreensão de dezessete (17) pedras de substância conhecida por crack, a importância de duzentos e sessenta e oito reais (R\$ 268,00), em espécie, um aparelho DVD, marca Panasonic, e uma carteira de identidade em nome de João Edgard Alves de Moura (fl. 274).

O Juiz sentenciante fixou o regime inicial aberto de cumprimento de pena, mas, ao julgar a apelação do Ministério Público, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina **exasperou a pena-base**, em razão do "**altíssimo poder destrutivo e viciogênico**" do **crack** e fixou o regime inicial fechado para cumprimento da pena, pelos seguintes fundamentos:

Quanto ao pedido de agravamento do regime de resgate da reprimenda, formulado pelo Ministério Público em sede de apelo, entende-se que merece deferimento.

Frise-se que este Relator tem utilizado como orientação para a fixação do regime de resgate da reprimenda o entendimento recentemente esposado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento em plenário do Habeas Corpus n. 111.840/ES, que declarou a inconstitucionalidade da determinação contida no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, autorizando, assim, a fixação de regimes prisionais mais brandos para os crimes hediondos e assemelhados, o que deve ser verificado diante das circunstâncias do caso concreto, à luz dos critérios estabelecidos no artigo 33, § 3º, do Código Penal e também no artigo 42 da Lei n. 11.343/06.

No caso em tela, verifica-se que foram apreendidos na residência do réu **determinada quantidade de crack, variedade de droga com avassalador potencial destrutivo e viciogênico, cujo comércio constitui o nascedouro dos mais diversos males sociais**. Tal cenário, sem dúvida, indica o regime fechado como o que melhor se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adequa à hipótese. A fixação do regime prisional na modalidade aberta ou semiaberta, a meu sentir, mostra-se incompatível com a repressão que o crime em questão merece (fl. 400, destaquei)

II. Regime prisional fechado – ilegalidade

Consoante destacado na decisão agravada, no julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e outros a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, 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 (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

Na espécie, **o Tribunal de origem, ao fixar o regime inicial fechado, destacou a alta nocividade da droga apreendida, já sopesada na primeira etapa da dosimetria**, pois o acusado foi surpreendido com 18 pedras de *crack* (3,8 g).

A existência de circunstância judicial desfavorável (natureza altamente lesiva da substância entorpecente apreendida) justifica, concretamente, a adoção de regime prisional mais severo, a teor do art. 33, § 3º do CP; todavia, na hipótese, à vista da **quantidade de pena aplicada** – inferior a 4 anos de reclusão – e da **primariedade do réu**, o regime mais gravoso do que o correspondente à pena aplicada é o semiaberto e não o fechado.

Mutatis mutandis:

[...]

03. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu e a quantidade e a natureza das drogas apreendidas são elementos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinantes para a fixação do regime prisional (CP, arts. 33, § 3º, e 59 e Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).

04. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o **regime semiaberto** para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

(HC n. 310.283/SP, Rel. Ministro **Newton Trisotto** (Desembargador convocado do TJ/SC), 5ª T., DJe 22/4/2015)

[...]

6. Apesar da quantidade de pena imposta (3 anos) e da primariedade do condenado, o fato de **as circunstâncias judiciais não lhe serem inteiramente favoráveis mostra o regime semiaberto como o mais adequado** para o cumprimento inicial da pena, em observância aos ditames dos arts. 33 e 59 do Código Penal.

[...]

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena.

(HC n. 264.068/RS, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, 5ª T., DJe 11/2/2015)

O agravante, apesar de primário, não faz jus, portanto, ao regime aberto, a teor do art. 33, § 3º, do CP.

III. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

Tem-se que, de fato, não foi analisado o pedido de aplicação do art. 44 do CP. No ponto, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao julgar o pedido ministerial de afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, consignou:

Muito embora este relator tenha fixado entendimento no sentido de que a substituição da reprimenda privativa de liberdade por pena restritiva de direitos é viável em casos de tráfico de drogas - especialmente por conta da Resolução n. 5 de 2012 do Senado Federal, editada em 15 de fevereiro de 2012 -, devendo, no entanto, o julgador analisar caso a caso a sua possibilidade, respeitados os critérios objetivos e subjetivos elencados pelo art. 44 do Código Penal, demonstra-se inaplicável, no presente caso, a pretendida substituição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apenado a reprimenda corpórea no patamar de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, autor de crime sem violência ou grave ameaça e não reincidente, o réu indubitavelmente preenche os requisitos objetivos previstos pelo art. 44, I e II, do Código Penal.

Entende-se, todavia, que, no caso em tela, os pressupostos subjetivos preceituados pelo inciso III do referido artigo, com a devida vênia, não foram satisfeitos, o que impede a conversão de pena.

Além da excessiva nocividade social ínsita à própria odiosa prática de tráfico de drogas, peculiaridade que, por si só, macula, de certa forma, as circunstâncias do delito a que se refere o art. 44, III, do Código Penal, verifica-se, na hipótese, conjunto de particularidades a militar em desfavor do réu que não recomenda a substituição da pena no presente caso: a prática do crime em questão envolvia o **comércio de espécie de droga de altíssimo poder destrutivo - crack** e, segundo os elementos que informam os autos, dava-se **há vários meses**.

Destarte, compreende-se que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, embora teoricamente possível, não se mostra, no caso concreto, medida salutar para prevenção e repressão ao crime cometido pelo acusado, motivo pelo qual se considera **não preenchido o requisito subjetivo aludido pelo art. 44, III, do Código Penal** (fls. 401-402).

Em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões pela Suprema Corte, mostra-se possível, **em princípio**, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Vale mencionar, ainda, que o Senado Federal promulgou a Resolução n. 5 (15/2/2012), determinando a suspensão da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Entretanto, para a substituição da sanção privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por restritiva de direitos, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os **requisitos objetivos e subjetivos** exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram **previstos no art. 44 do Código Penal, in verbis**:

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Isso porque a aplicação da pena no caso concreto repercute na utilidade social que desempenha o Direito Penal e na sua justificação política, de modo que, **"ao se individualizar a pena, age-se não só em função do necessário para o réu mas para com o necessário à sociedade"** (REALE JUNIOR, Miguel. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 164).

No caso sob exame, o Tribunal decidiu ser incabível a substituição da pena privativa de liberdade, ante o não preenchimento dos requisitos do art. 44, III, do CP, haja vista a natureza da droga apreendida, de altíssimo poder destrutivo (*crack*) e notícias de que o comércio espúrio ocorria há vários meses.

Nos termos da jurisprudência desta Corte **"A natureza, variedade e quantidade de entorpecentes apreendidos constituem fundamentos aptos a inviabilizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal, ainda que preenchido o requisito objetivo do inciso I do referido dispositivo"** (AgRg no REsp n. 1.432.109/GO, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 1º/8/2014, destaquei).

Mutatis mutandis:

[...]

3. A gravidade da conduta delituosa perpetrada, dada a quantidade das substâncias tóxicas apreendidas, **bem como a natureza mais perniciosa** da cocaína, aliadas às circunstâncias em que ocorreu a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisão do condenado, envolvendo outros dois corréus e três adolescentes, evidenciam que, na espécie, a não conversão da sanção reclusiva se encontra justificada, pois não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado, nem seria socialmente recomendável.

[...]

(HC n. 246.796/RJ, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 27/11/2012)

Em minha concepção, **o tráfico de crack denota maior reprovabilidade e maior potencialidade lesiva à saúde pública do que o tráfico de outra substância menos nociva, como a maconha**. Assim, apesar de o paciente ter sido condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, as peculiaridades do caso concreto evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0288924-2

AgRg no
HC 308.543 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 039120000030 20140010509 39120000030 4721200006

EM MESA

JULGADO: 09/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : CARLOS HENRIQUE RODRIGUES LOPES (PRESO)

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 : CARLOS HENRIQUE RODRIGUES LOPES (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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 Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.