



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 288.777 - SP (2014/0034832-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : GABRIEL DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Hipótese em que o Paciente foi condenado à pena reclusiva de 01 ano, 11 meses e 10 dias, tendo o Tribunal *a quo* justificado a imposição de regime prisional mais severo levando em consideração somente a intranquilidade social gerada pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

2. A questão acerca do regime prisional ora discutida tem sido apreciada repetidas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, o que culminou na edição da Súmula n.º 440, segundo a qual, *"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"*.

3. O Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

4. No caso em exame, o Paciente faz jus à substituição da pena, tendo em vista que é primário, a sua pena-base foi fixada no mínimo legal, não há qualquer circunstância judicial desfavorável e a quantidade da pena aplicada é inferior a 04 (quatro) anos.

5. Não havendo no recurso argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, deve a decisão agravada ser mantida pelos seus próprios fundamentos. Ademais, o próprio órgão ministerial manifestou-se pela concessão da ordem em um primeiro momento.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de maio de 2014 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 288.777 - SP (2014/0034832-0)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : GABRIEL DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de decisão, de minha lavra, que concedeu de ofício a ordem de *habeas corpus*, nos seguintes termos:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO" (fl. 76.)

Alega o *Parquet*, em suma, que não estão preenchidos os requisitos para a fixação do regime inicial aberto, tampouco para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Afirmo, ainda, que, *"quando menos, seria o caso de fazer retornar os autos à instância ordinária, para reexaminar o regime prisional e a possibilidade de substituição da pena corporal"* (fl. 93).

Requer a reconsideração da decisão agravada, ou, caso contrário, a remessa do feito ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 288.777 - SP (2014/0034832-0)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Hipótese em que o Paciente foi condenado à pena reclusiva de 01 ano, 11 meses e 10 dias, tendo o Tribunal *a quo* justificado a imposição de regime prisional mais severo levando em consideração somente a intranquilidade social gerada pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

2. A questão acerca do regime prisional ora discutida tem sido apreciada repetidas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, o que culminou na edição da Súmula n.º 440, segundo a qual, *"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"*.

3. O Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

4. No caso em exame, o Paciente faz jus à substituição da pena, tendo em vista que é primário, a sua pena-base foi fixada no mínimo legal, não há qualquer circunstância judicial desfavorável e a quantidade da pena aplicada é inferior a 04 (quatro) anos.

5. Não havendo no recurso argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, deve a decisão agravada ser mantida pelos seus próprios fundamentos. Ademais, o próprio órgão ministerial manifestou-se pela concessão da ordem em um primeiro momento.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A decisão agravada encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

"Na hipótese, deferi o pedido liminar nos seguintes termos:

"[...]. No caso, o Paciente, réu primário, restou condenado à pena reclusiva de 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais ("[...] fixo a pena-base no mínimo legal de cinco anos de reclusão [...] [fl. 22]).

O Tribunal justificou a imposição de regime prisional mais severo levando em consideração somente a gravidade abstrata do delito de tráfico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilícito de drogas, como se vê:

'[...].

Ademais, é indiscutível que para o crime de tráfico de drogas, o regime inicial é o fechado. Todo indivíduo que participa de crime de narcotráfico revela extrema periculosidade. Esse tipo de infração intranquiliza a população e é crescente, o que justifica plenamente a fixação do regime mais grave para a purgação da sanção' (fl. 34.)

Pois bem.

A questão acerca do regime prisional ora discutida tem sido apreciada repetidas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, o que culminou na edição da Súmula n.º 440, segundo a qual, "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

No mesmo sentido tem sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está espelhada nos verbetes sumulares n.ºs 718 e 719, respectivamente, in verbis:

'A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.'

'A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.'

Cumprе ressaltar que, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal, 'o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto'.

Ante o exposto, DEFIRO O PEDIDO LIMINAR, para determinar, até o julgamento final do presente writ, **a colocação do Paciente no regime inicial aberto, aplicando-se-lhe as regras correspondentes**, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais' (fls. 40/41.)

À mercê de fatos supervenientes capazes de alterar o referido entendimento, e para evitar desnecessária tautologia, mantenho-o na integralidade. Acrescento, ainda, trecho relevante do parecer da Douta Subprocuradoria da República:

"[...]. Fixada pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 193 (cento e noventa e três) dias-multa e favoráveis as circunstâncias judiciais, possível a fixação de regime aberto, na estreita dicção do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal" (fl. 57.)

Outrossim, no tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Assim, afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, deve o Juízo competente analisar se o condenado preenche ou não os requisitos para a obtenção da substituição da pena à luz do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, o seguinte precedente:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO). SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 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 legal, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, sendo possível a pena substitutiva aos traficantes de drogas, desde que preenchidos os pressupostos do art. 44 do Código Penal.

2. No caso concreto, mostra-se viável a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos aos agravados, condenados a pena definitiva inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, com circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal favoráveis e sendo pequena a quantidade de material tóxico apreendido - 20 (vinte) pedras de crack e 1 (uma) porção de Cannabis Sativa L.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1330133/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013.)

No caso em exame, o Paciente faz jus à substituição da pena, tendo em vista que é primário, a sua pena-base foi fixada no mínimo legal, não há qualquer circunstância judicial desfavorável e a quantidade da pena aplicada é inferior a 04 (quatro) anos.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do habeas corpus. CONCEDO A ORDEM, DE OFÍCIO, para, mantida a condenação do Paciente, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.

Publique-se. Intimem-se" (fls. 76/81.)

Não havendo no recurso argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, deve a decisão agravada ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Ressalto, ademais, que no caso a ordem foi concedida após manifestação favorável do próprio Parquet, verbis:

"Fixada pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 193 (cento e noventa e três) dias-multa e favoráveis as circunstâncias judiciais, possível a fixação de regime aberto, na estreita dicção do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal" (fl. 57.)

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0034832-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 288.777 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00028042420138260506 20130000756128 28042420138260506

EM MESA JULGADO: 15/05/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : WAGNER RIBEIRO DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL DOS SANTOS (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 : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : GABRIEL DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA 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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.