



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.248.046 - TO (2011/0084796-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS
RECORRIDO : JOÃO ARAÚJO LO (PRESO)
ADVOGADO : RIVADAVIA VITORIANO DE BARROS GARCAO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. RECURSO PROVIDO.

1. O Recorrido foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 04 anos e 03 meses de reclusão, em regime semiaberto, após ser preso em flagrante transportando mais de um quilo e duzentos gramas (1.243,89g) de *crack*.

2. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes.

3. No caso dos autos não se mostra possível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que desatendido o requisito objetivo – pena privativa de liberdade não superior a quatro anos –, razão pela qual deve o Recorrido iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado.

4. Recurso provido para restabelecer a decisão de primeiro grau que fixou o regime inicial fechado de cumprimento de pena.

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, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 17 de abril de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.248.046 - TO (2011/0084796-5)

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS
RECORRIDO : JOÃO ARAÚJO LO (PRESO)
ADVOGADO : RIVADAVIA VITORIANO DE BARROS GARCAO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE TOCANTINS, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, em face de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça daquela Unidade Federativa.

Consta dos autos que JOÃO ARAÚJO LO, ora Recorrido, foi preso em flagrante, no dia 01 de dezembro de 2009, quando transportava 1.243,89g (um mil duzentos e quarenta e três gramas e oitenta e nove centigramas) de *crack*.

Denunciado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, o réu restou condenado à pena de 04 anos e 03 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de quinhentos dias-multa. O direito de apelar em liberdade lhe foi negado como forma de garantir a ordem pública.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, que foi parcialmente provida pela Corte *a quo*, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CUMPRIMENTO DE PENA FIXAÇÃO DE REGIME.

Fixada a pena em 4 anos e 3 meses e tendo a sentença reconhecida a primariedade do réu ante o princípio da individualização da pena, não se justifica a aplicação literal do § 2.º do artigo 2.º da Lei 11.464/2007. Recurso provido." (fl. 329)

Em face desse julgado, o Ministério Público tocantinense interpôs o presente recurso especial, sustentando, além de divergência jurisprudencial, contrariedade ao § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, modificada pela Lei n.º 11.464/2007.

Alega, em suma, que *"não poderia a douta Turma Julgadora, a despeito de garantir a individualização da pena ao recorrido, aplicar-lhe regime mais brando de seu cumprimento, eis que o legislador não deixou margem de discricionariedade para o Julgador assim proceder, porque estabeleceu de forma indubitosa a imposição do regime*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial fechado aos condenados pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes" (fls. 339/340). Requer, assim, que seja cassado o acórdão recorrido e restabelecida a decisão de primeiro grau.

Contrarrazões às fls. 360.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 383/388, opinando pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.248.046 - TO (2011/0084796-5)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. RECURSO PROVIDO.

1. O Recorrido foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 04 anos e 03 meses de reclusão, em regime semiaberto, após ser preso em flagrante transportando mais de um quilo e duzentos gramas (1.243,89g) de *crack*.

2. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes.

3. No caso dos autos não se mostra possível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que desatendido o requisito objetivo – pena privativa de liberdade não superior a quatro anos –, razão pela qual deve o Recorrido iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado.

4. Recurso provido para restabelecer a decisão de primeiro grau que fixou o regime inicial fechado de cumprimento de pena.

VOTO

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

De início, verifica-se a tempestividade do especial, o cabimento de sua interposição com amparo no permissivo constitucional, o interesse recursal, a legitimidade, o prequestionamento e os pressupostos dos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Passo à análise do mérito.

O acórdão hostilizado está assim fundamentado:

"[...]"

Após analisar o voto do Senhor Relator, no sentido de conhecer do apelo, porém, negar-lhe provimento, mantendo incólume da sentença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proferida pelo Magistrado a quo, peço vênia ao nobre Relator, para dele divergir.

De fato verifica-se que o delito fora praticado em 01/12/2009, quando a Lei n.º 11.464/2007, que instituiu o regime inicial fechado aos crimes hediondos e assemelhados, já se encontrava em vigor.

Contudo a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça evoluiu o entendimento no sentido de ser possível a concessão de regime diverso do fechado, mesmo no caso de crimes cometidos após a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/2007 à Lei de Crimes Hediondos.

Dessarte, no caso, sendo a pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses, o regime prisional, nos termos do art. 33 do Código Penal, deve ser o semiaberto.

Como mencionado na sentença, não há nos autos elementos a indicar que o Apelante se dedique exclusivamente a praticas criminosas, tanto que lhe foi aplicada a causa de diminuição, pelo fato de preencher os requisitos previstos no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Assim, deve-se considerar a pena de 4 anos e 3 meses e tendo a sentença reconhecida a primariedade do Réu, é de rigor, ante o princípio da individualização da pena, que o regime prisional, nos termos do art. 33 do Código Penal, deve ser o semiaberto, vez que a pena é superior a 4 anos, mas não excede 8 anos (art. 33, § 2.º, alínea "b", do Código Penal), não se justificando a aplicação literal do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos, já que alheia às particularidades do caso concreto, ofendendo, assim, os princípios da individualização da pena, proporcionalidade e da efetivação do justo.

[...]

Desta forma, diante do princípio da proporcionalidade, faço eco com a jurisprudência da 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que entende que o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação do condenado.

Isto posto, pelo que venho de expender, com a devida vênia ao nobre Relator, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso apelatório, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena imposta na ação penal de que aqui se cuida." (fls. 321/325)

No que diz respeito ao regime prisional para o crime previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, cumpre ressaltar que, não obstante o regime inicial fechado seja imposto aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 –, após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n.º 97.256/RS, em que se admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, passou-se a admitir a adequação também do regime, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção penal, com a fixação de regime prisional mais brando, compatível com a benesse concedida justamente para evitar o encarceramento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal:

"Habeas Corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal. 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 6. Ordem deferida." (STF, HC 105.779/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 21/02/2011.)

E também este Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06 INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do artigo 33, e da expressão 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos', constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

II. Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, considerando-se que a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, visa, exatamente, evitar-se o encarceramento.

III. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões que vedavam a substituição da pena.

IV. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

V. Deve ser concedida parcialmente a ordem para determinar ao Juízo da Vara Criminal do Foro Regional Alto Petrópolis/RS que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como à adequação do regime prisional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI. *Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.*"
(HC 196.199/RS, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 14/04/2011.)

Cumpre reprisar a advertência oportunamente levantada pelo eminente Ministro GILSON DIPP, por ocasião do julgamento acima referido:

"Não se cuida, aqui, de proporcionar a todos os condenados por crime hediondo que se inicie o cumprimento da pena em regime diverso daquele determinado pela Lei n.º 11.464/07, mas tão somente de adequar, afastando qualquer incongruência, a aplicação da pena e do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Desta forma, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições."

No caso dos autos, contudo, não se mostra possível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que desatendido o requisito objetivo – pena privativa de liberdade não superior a quatro anos –, razão pela qual deve o Recorrido iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1.º-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a decisão de primeiro grau que fixou o regime inicial fechado de cumprimento de pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0084796-5

REsp 1.248.046 / TO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1000843758 131931-5/09

PAUTA: 17/04/2012

JULGADO: 17/04/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

RECORRIDO : JOÃO ARAÚJO LO (PRESO)

ADVOGADO : RIVADAVIA VITORIANO DE BARROS GARCAO

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

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, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.