

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.229.203 - MT (2011/0000364-6)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
RECORRENTE : **LEIDIMAR QUEIROZ DA SILVA**
ADVOGADO : **CID DE CAMPOS BORGES FILHO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. ART. 12 DA LEI N.º 6.368/76. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

DECISÃO

Vistos *etc.*

Trata-se de recurso especial interposto por LEIDIMAR QUEIROZ DA SILVA, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, em face de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso.

Extrai-se dos autos que o Recorrente foi denunciado e condenado pela prática do crime previsto no art. 12 c.c. o art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, às penas de 4 anos de reclusão e 66 dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por sanções restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e limitação de fim de semana, pelo período da condenação.

Contra a decisão do Juízo de 1.º Grau, apelaram a Defesa e o Ministério Público. O Tribunal *a quo* deu provimento parcial ao apelo ministerial para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos. Negou provimento ao recurso defensivo. E, de ofício, afastou a aplicação do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, fixando a sanção penal em 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 50 dias-multa. Confira-se a ementa do julgado:

"RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - SENTENÇA CONDENATÓRIA - IRRESIGNAÇÃO DA PARTE ACUSATÓRIA E DA PARTE DEFENSIVA - DEFESA TÉCNICA EM CONSONÂNCIA COM A DECISÃO PROLATADA - RECEBIMENTO DOS RECURSOS - MATERIALIDADE COMPROVADA PELOS LAUDOS PERICIAIS - AUTORIA DEMONSTRADA - CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS -

Superior Tribunal de Justiça

IMPOSSIBILIDADE - CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 18, INCISO III DA LEI Nº. 6.368/76 - INAPLICABILIDADE - NOVATIO LEGIS IN MELLIUS - REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA INICIALMENTE FECHADO - DESPROVIMENTO DO APELO DA ACUSAÇÃO.

RECURSO DO PARQUET - PLEITO PELA IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - SUBSISTENTE - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Sopesando todo conjunto fático probatório coligido durante a persecutio criminis in iudicium, tem-se que na hipótese versada, a materialidade e a autoria delitiva restam sobejamente comprovadas.

Nesse diapasão, por ser o crime de tráfico de entorpecentes assemelhado a crime hediondo, o legislador pátrio entendeu por bem apená-lo com mais rigor, de forma que a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é medida que se impõe.

De outro norte, não há como vingar a aplicação especial da causa de aumento prevista no inciso III do art. 18 da lei nº. 6.368/76, uma vez que sobre a matéria, houve reformatio legis in mellius.

Por oportuno, a possibilidade de progressão de regime para crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é medida idônea, tendo em vista o advento da Lei nº. 11.464/07 que alterou dispositivos da lei de crimes hediondos. (fls. 513/514)

Irresignada, a defesa interpôs o presente recurso especial. Alega violação aos arts. 44 e 59, inciso IV, ambos do Código Penal. Requer, em síntese, que a pena privativa de liberdade seja substituída por sanção restritiva de direitos.

Contrarrazões às fls. 588/597.

O Ministério Público Federal exarou parecer às fls. 616/624, opinando pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

Decido.

De início, verifica-se a tempestividade do especial, o cabimento de sua interposição com amparo no permissivo constitucional, o interesse recursal, a legitimidade, a exposição da suposta contrariedade a dispositivo legal, 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, *in verbis*:

"De outro norte, quanto à substituição da pena, entendo assistir razão às argumentações do representante do Parquet, que em fundamentações recursais, defende a não substituição da pena privativa de liberdade por

Superior Tribunal de Justiça

restritiva de direitos.

Ajunte-se, por curial, que o fato de o acusado ter praticado o delito sob a égide da Lei n.º 6.368/76, não lhe confere qualquer prerrogativa, visto que o art. 5º, XLIII da CF, traz um tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos e equiparados, no qual inclui-se o tráfico ilícito de entorpecentes. Portanto, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos." (fl. 520)

Conforme depreende-se dos autos, o ora Recorrente foi condenado por tráfico de drogas, sob a égide da Lei n.º 6.368/76, à pena definitiva de 3 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e 50 dias-multa.

Pleiteia, em síntese, a substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos.

De início, constata-se ilegalidade patente quanto ao regime de cumprimento de pena, a ensejar a concessão de *habeas corpus*, de ofício.

No caso em tela, tendo sido o crime de tráfico ilícito de drogas cometido em 04/08/2004, portanto, sob a égide da Lei n.º 6.368/76, a previsão constante da Lei n.º 11.464/2007, a qual, estabelece, em seu art. 1.º (alterando a redação do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/1990), que o cumprimento da pena privativa de liberdade dá-se em regime inicial fechado, independentemente do *quantum* de pena aplicado, não pode retroagir em prejuízo do réu, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Portanto, sendo o condenado primário, de bons antecedentes e tendo sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, a decisão que lhe impôs o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda há de ser reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

Cabe esclarecer que este Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido da incidência dos critérios estabelecidos pelo art. 33, § 2.º, do Código Penal, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes praticados na vigência da Lei n.º 6.368/76.

Tal posição encontra amparo, sobretudo, na declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, que vedava o benefício da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados. Entendeu-se que, não subsistindo mais a referida proibição, inexistente óbice à aplicação do disposto no art. 33, § 2.º, do Código Penal, que preceitua que a fixação do regime prisional para o cumprimento da

Superior Tribunal de Justiça

pena reclusiva dá-se de acordo com a quantidade de pena aplicada.

A propósito, o seguinte precedente:

"PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES SOB A ÉGIDE DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90 DECLARADA PELA SUPREMA CORTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA FIRMADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE. SÚMULA 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 82.959/SP, declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, permitindo a progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e detentor de bons antecedentes, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso, em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

3. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

4. Ordem concedida para fixar o regime inicial aberto." (HC 96.362/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 27/04/2009.)

Do mesmo modo, impende dizer que, depois de excluído, pelo Supremo Tribunal Federal, o único obstáculo à progressão de regime, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não permanece qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que o acusado atenda aos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, como verificado na espécie.

Nesse sentido, confira-se o posicionamento do Pretório Excelso:

"SENTENÇA PENAL. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis nos 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de direitos." (HC 84.928/MG, Rel.

Superior Tribunal de Justiça

Min. CEZAR PELUSO, DJ de 11/11/2005.)

Igual entendimento é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"RECLAMAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCUMPRIMENTO PELO TRIBUNAL A QUO DE ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE ASSEGUROU AO RECLAMANTE A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITO. CONDIÇÕES JUDICIAIS RECONHECIDAMENTE FAVORÁVEIS. NEGATIVA DO BENEFÍCIO COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO.

1. Não pode o Tribunal a quo negar a substituição prevista no art. 44 do Código Penal, sem apresentar nenhum fundamento concreto que indique a insuficiência da substituição para a reprovação do crime.

2. O Reclamante, reconhecidamente primário e de bons antecedentes, apenado por crime perpetrado sem violência ou grave ameaça, faz jus à substituição da pena corporal. Não exsurge como fundamento idôneo para negar ao condenado a aplicação de pena alternativa a impressão pessoal dos julgadores acerca da gravidade abstrata do delito. Precedentes.

4. Reclamação julgada procedente para determinar que o Tribunal a quo substitua a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal." (Rcl 2686/SP, 3.ª Seção, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 07/04/2008.)

Ante o exposto, CONCEDO *habeas corpus*, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da reprimenda. Outrossim, com fulcro no art. 557, § 1.º-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal, DOU PROVIMENTO ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, substituir a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, à luz do art. 44 do Código Penal, diante das peculiaridades do caso.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de junho de 2011.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora