



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 539.292 - SP (2019/0307041-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : NESTOR DONIZETI MELO FERREIRA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
NOADIR MARQUES DA SILVA JUNIOR - SP112787
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. MODO INTERMEDIÁRIO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 foi declarado inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, daí o constrangimento ilegal.

2. No presente caso, fixada a pena-base no mínimo legal e restando ao fim estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, a definição de regime penal mais gravoso exigiria concreta motivação, a tanto não servindo argumentos de gravidade abstrata do delito, a presença de majorantes ou dos genéricos efeitos sociais da criminalidade, ou ainda a hediondez do crime de tráfico ilícito de drogas.

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2019 (Data do Julgamento).

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Presidente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 539.292 - SP (2019/0307041-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **NESTOR DONIZETI MELO FERREIRA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
 NOADIR MARQUES DA SILVA JUNIOR - SP112787
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de decisão que concedeu o *habeas corpus* para determinar que o paciente cumpra a pena em regime inicial semiaberto.

O agravante sustenta que *as circunstâncias em que foi cometido o crime de tráfico ilícito de entorpecentes no presente caso indicam não ser socialmente recomendável a fixação de regime diverso do fechado para o agravado.*

Pugna pela reconsideração do *decisum* ou a submissão do recurso ao órgão colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 539.292 - SP (2019/0307041-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Conforme relatado, pretende o agravante o restabelecimento do regime inicial fechado.

A decisão agravada concedeu o *habeas corpus* sob os seguintes fundamentos (fls. 106/108):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de NESTOR DONIZETI MELO FERREIRA, em face do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado:

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - RÉU QUE TRAZIA CONSIGO PORÇÕES DE COCAÍNA, CRACK, MACONHA E HAXIXE, COM O FIM DE COMERCIALIZAÇÃO - CONFISSÃO E DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS EM SINTONIA COM O ACERVO PROBATÓRIO, A MERECER CREDIBILIDADE - TRAFICÂNCIA COMPROVADA - CONDENAÇÃO DEVIDA. FIXAÇÃO DA PENA PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 - POSSIBILIDADE. Sendo o réu primário, não portador de maus antecedentes e inexistindo nos autos prova segura de que se dedicasse ao crime ou integrasse organização criminosa, de rigor o deferimento do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

O TJSP deu parcial provimento ao apelo defensivo para fixar a pena em 4 anos e 2 meses de reclusão, mantidos os demais termos da sentença.

Neste *writ*, sustenta a defesa constrangimento ilegal diante do estabelecimento de regime prisional mais severo, embora presentes requisitos para expiação em modo mais ameno.

Aduz, ainda, possibilidade de conversão da sua pena em restritivas de direitos, razão pela qual pugna, liminarmente e no mérito, pela concessão da ordem para que sejam reparadas as ilegalidades deduzidas.

A liminar foi deferida e as informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ordem.

A Defensoria Pública peticiona informando que não foi dado cumprimento à decisão que deferiu o pedido liminar (fls. 90/92).

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, consoante informações disponíveis no *site* do Tribunal *a quo*, em pesquisa realizada em 20/11/2019, denota-se que, em 23/10/2019, foi determinado o cumprimento da decisão por mim proferida, de modo que, no ponto, não há nada a se prover.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação ao regime inicial, assim consignou o magistrado de piso:

Em relação ao réu Nestor, de acordo com o artigo 2º, parágrafo 1º da Lei 8.072/90, a pena será cumprida em regime inicial fechado. Importante salientar que não foi reconhecido o privilégio e, portanto, o crime é equiparado a hediondo.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve o modo fechado, destacando que:

A pena-base foi fixada no mínimo legal, ou seja, 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no piso mínimo.

Na segunda fase, a atenuante da confissão espontânea não autoriza a redução da reprimenda a quem do menor patamar, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, o juízo a quo deixou de aplicar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, por entender que a quantidade e variedade de entorpecentes, demonstram que Nestor fazia do tráfico seu meio de vida. Contudo, vislumbra-se que o réu preenche os requisitos legais para a sua incidência, pois tal causa de diminuição deve ser aplicada ao agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique à atividade criminosa e nem integre organização criminosa.

Da leitura dos autos não é possível inferir que Nestor se dedicava ao crime de forma incisiva ou que fosse integrante de organização criminosa.

Com efeito, o direito não se alicerça em conjecturas, mas em evidências e nos autos não há nenhuma de que o acusado integrasse organização criminosa, não sendo possível privá-lo de benefício conferido por lei apenas com base em meras suposições.

Destarte, a fim de que a reprimenda se torne justa e razoável como resposta penal à conduta praticada nestes autos, considerando a quantidade e variedade de drogas apreendidas (43,6g de cocaína, dividida em 73 porções, 4g de crack, acondicionada em 23 eppendorfs, 22g de haxixe, dividida em 48 porções; 177,8g de maconha, repartida em 73 porções), tem-se que a redução deve ser feita na fração de 1/6, resultando, nesta instância, na **sanção final e definitiva de 4 anos e 2 meses de reclusão, e pagamento de 416 dias-multa, no piso mínimo.**

O regime inicial fechado é o adequado e suficiente ao caráter preventivo e repressivo da reprimenda, não se olvidando que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.

O art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 foi declarado inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, daí o constrangimento ilegal.

Sendo a pena-base fixada no mínimo legal e restando ao fim estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, a definição de regime penal mais gravoso exigiria concreta motivação, a tanto não servindo argumentos de gravidade abstrata do delito, a presença de majorantes ou dos genéricos efeitos sociais da criminalidade, ou ainda a hediondez do crime de tráfico ilícito de drogas, como na espécie:

Súmula 440: "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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

base apenas na gravidade abstrata do delito".

Súmula 718/STF: "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".

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Dessa maneira, nota-se que nenhuma motivação pelo crime concretizado (tráfico ilícito de drogas) foi aduzida no acórdão atacado para fixar o regime mais severo, indicando-se apenas a gravidade do delito, o que torna certa a ausência de fundamentos válidos para a imposição de regime mais gravoso.

De mais a mais, a pretensão de substituição da pena por restritivas de direito esbarra na vedação contida no art. 44, I, do CP, uma vez que a pena restou fixada acima de 4 anos.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para determinar que o paciente cumpra a pena em regime semiaberto.

A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, pois em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

Com efeito, o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 foi declarado inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, daí o constrangimento ilegal.

Sendo a pena-base fixada no mínimo legal e restando ao fim estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, a definição de regime penal mais gravoso exigiria concreta motivação, a tanto não servindo argumentos de gravidade abstrata do delito, a presença de majorantes ou dos genéricos efeitos sociais da criminalidade, ou ainda a hediondez do crime de tráfico ilícito de drogas, como na espécie:

Súmula 440: "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".

Súmula 718/STF: "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".

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Dessa maneira, nota-se que nenhuma motivação pelo crime concretizado (tráfico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilícito de drogas) foi aduzida no acórdão atacado para fixar o regime mais severo, indicando-se apenas a gravidade do delito, o que torna certa a ausência de fundamentos válidos para a imposição de regime mais gravoso.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0307041-0

AgRg no
HC 539.292 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002995520188260548 2282018 299552018 2995520188260548

EM MESA

JULGADO: 17/12/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALEXANDRE CAMANHO DE ASSIS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
NOADIR MARQUES DA SILVA JUNIOR - SP112787
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NESTOR DONIZETI MELO FERREIRA (PRESO)
CORRÉU : FELIPE HENRIQUE BELCHIOR
INTERES. : 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 : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : NESTOR DONIZETI MELO FERREIRA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
NOADIR MARQUES DA SILVA JUNIOR - SP112787
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.