



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 476.546 - SP (2018/0286758-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **IAGO OLIVEIRA VALERIO**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - DP9999999**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Na hipótese dos autos, após fixar a pena-base no mínimo legal, por considerar favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP, o Tribunal de origem impôs o regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda com base na vedação legal contida no artigo 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90, o que está em desarmonia com a jurisprudência desta Corte.

2. Embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos, permitem, em tese, a fixação do regime aberto, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e natureza das drogas apreendidas, justifica a imposição do semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de março de 2019(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 476.546 - SP (2018/0286758-6)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JOYCE SANTOS DE OLIVEIRA PALMA RESENDE - SP275703
INTERES. : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IAGO OLIVEIRA VALERIO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que não conheceu do *habeas corpus*, mas concedeu a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, nestes termos:

Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de IAGO OLIVEIRA VALERIO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos o ora paciente foi condenado em primeiro grau pela prática do delito tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/06. Em apelação do Ministério Público, houve a desclassificação para o art. 33, § 4º, dessa Lei, culminando com a aplicação da pena de 2 anos e 6 meses de reclusão em regime inicial fechado.

Eis a ementa do julgado:

PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. RECURSO DA ACUSAÇÃO.

Pretendida condenação dos acusados pelo crime de tráfico de drogas. Parcial cabimento.

Condenação de IAGO de rigor. Surpreendido na posse de quantidade e variedade significativa de drogas. Confissão, na fase policial, de guarda e transporte de tóxico. Depoimentos de policiais, no contraditório, relevantes. Causa de diminuição de pena reconhecida. Imposição de regime fechado para início de cumprimento, por regra legal e por força de circunstâncias concretas graves. Absolvição mantida em relação a RENATO.

Parcial provimento (fl. 28).

No presente writ, a impetrante requer a aplicação da fração máxima da causa de diminuição de pena do § 4º, bem como a fixação de regime mais brando e a substituição da pena por medidas restritivas de direitos.

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem, nos termos do julgamento assim ementado:

PENAL e PROCESSUAL PENAL. Habeas corpus com pedido de liminar substitutivo de recurso. Não cabimento. Tráfico ilícito de entorpecentes. Aplicação do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo. Quantidade e natureza das substâncias apreendidas. Possibilidade. Fixação de regime mais gravoso. Ausência de ilegalidade. Pena restritiva de liberdade que não deve ser substituída pela restritiva de direitos. Precedentes do STJ. Inadmissão do writ sendo que, à míngua de flagrante ilegalidade, descabimento da concessão de uma ordem de ofício (fl. 145).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

No caso, a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi aplicada pelo Tribunal a quo em 1/2 (metade), tendo em vista a quantidade e a natureza das drogas (29 porções de cocaína e 34 pedras de crack), conforme se verifica do seguinte trecho:

[...]

Resta analisar a pena necessária, em relação a IAGO, por incurso no artigo 33, "caput" e § 4º, da Lei nº 11.343/06, sem antecedentes ou outras circunstâncias desfavoráveis, reservando, por mais conveniente à própria sanção individualizada, a natureza e quantidade da droga para momento posterior, fixa-se na primeira fase do cálculo, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo. Sem causas de aumento ou diminuição, não se cogitando da confissão espontânea, pela retratação em Juízo, além de não se poder ir além do mínimo já colocado (Súmula 231 do C. STJ), resta aplicar, na terceira fase do cálculo, a causa de diminuição da pena, prevista no §4º, do artigo 33 da Lei de Drogas. É que nada surgiu sobre dedicação ao crime ou mesmo integração a qualquer organização criminosa, de forma estável, surgindo possível compreender aquela ação única, por parte de usuário, com finalidade, momentânea, de apenas facilitar seu desejo (de usar tóxico). Por outro lado, não se pode deixar de observar, na forma do artigo 42 da mesma legislação mencionada, que a quantidade e natureza, diversificada, da droga apreendida, deixam a situação mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grave, ensejando rigor na aplicação mesmo da benesse. Aplica-se, então, índice de redução de $\frac{1}{2}$ (metade), impondo-se pena, definitiva, de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo. O regime, para início de cumprimento da pena, deverá ser o fechado. Perfeito entendimento de que, ainda que se trate de crime na sua forma “privilegiada”, mesmo assim, manterá sua condição de equiparado a hediondo, que exige o regime fechado (artigo 2º, §1º, das Lei 8.072/1990, com redação dada pela Lei 11.464/2007) (fls. 40/41).

A fundamentação apresentada no acórdão impugnado está de acordo com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como com a jurisprudência desta Corte, a qual possui o entendimento de que a quantidade e a natureza das drogas podem justificar a aplicação do § 4º em fração inferior a 2/3.

[...]

Quanto ao regime prisional, deve-se observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º; c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, e 42 da Lei de Drogas, tendo em vista o afastamento, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, da obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Na hipótese, embora a pena não tenha ultrapassado 4 anos, o regime semiaberto mostra-se mais adequado à maior gravidade do delito, evidenciada pela quantidade e natureza das drogas. Tais elementos afastam ainda a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos.

[...]

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

Em suas razões, o *Parquet* alega que há fundamentação concreta para justificar a imposição do regime prisional mais gravoso.

Requer, a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do agravo regimental, para modificar o *decisum*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 476.546 - SP (2018/0286758-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

O Tribunal de origem, após fixar a pena-base no mínimo legal, por considerar favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP, impôs o regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda com base na vedação legal contida no artigo 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90, o que está em desarmonia com a jurisprudência das Cortes Superiores.

Sobre o tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Neste Tribunal, sedimentou-se o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal, em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

Assim, a mera referência genérica, pela instância ordinária, à hediondez ou à gravidade abstrata do delito, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição do regime inicial fechado, porquanto refere-se a situação já prevista no próprio tipo penal.

Nesse raciocínio, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos, permitiriam, em tese, inclusive a fixação do regime aberto, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e natureza das drogas apreendidas, justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, que no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto no Código Penal, na Lei n. 11.343/06 e a jurisprudência desta Quinta Turma.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. ANTERIOR TRANSAÇÃO PENAL PELO CRIME DE USO DE DROGAS E QUANTIDADE DE DROGAS, QUE NÃO É TÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. RESTABELECIMENTO DO REDUTOR. FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA. RAZOÁVEL QUANTIDADE E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DE PARTE DOS ENTORPECENTES. PENA DA SENTENÇA RESTABELECIDADA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS E PRIMARIEDADE. RAZOÁVEL QUANTIDADE E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DE PARTE DAS DROGAS APREENDIDAS. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, III, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. A quantidade e a natureza dos entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes. No caso, o paciente faz jus ao restabelecimento da minorante, na fração de 1/2 prevista na sentença, tendo em vista a quantidade e a natureza especialmente deletéria de parte das drogas apreendidas.

4. Em consequência do redimensionamento da pena do paciente, que é primário, para patamar que não excede 4 anos de reclusão e, por outro lado, sopesado o desvalor da razoável quantidade e natureza especialmente deletéria de parte das drogas apreendidas, que ensejou a aplicação da minorante em fração intermediária, incumbe restabelecer o regime inicial semiaberto aplicado na sentença, na esteira do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal c/c o 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para de ofício, para restabelecer a pena e o regime prisional fixados na sentença (HC 478.823/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 14/2/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. EVOLUÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DOSIMETRIA. PRIMEIRA PACIENTE. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. DESCABIMENTO. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. ANOTAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINAL ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. AUMENTO PROPORCIONAL. PRIMEIRA PACIENTE. REGIME FECHADO. CABIMENTO. PENA SUPERIOR 8 ANOS. LITERALIDADE DO ART. 33, § 2º, "A", DO CÓDIGO PENAL. SEGUNDA PACIENTE. REGIME FECHADO. DESCABIMENTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO (ART. 33, § 2º, "C", § 3º, DO CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

XIII - Embora a pena da paciente ERICA comporte regime aberto (2 anos e 9 meses de reclusão), a presença de circunstância judicial desfavorável (natureza e quantidade de droga) impede a fixação do mesmo, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o semiaberto, nos termos dos art. 33, §§2ª e § 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para estabelecer o regime inicial semiaberto para início de cumprimento de pena à paciente ERICA CAVALCANTI MARTINS, mantidos os demais termos da condenação (HC 467.190/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 13/2/2019).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO ACUSADO EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. QUANTIA E ESPÉCIE DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que denotem a habitualidade do paciente na prática delitiva ou ser integrante de organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a quantidade da droga apreendida - 268 gramas de maconha - não se mostra excessiva, por si só, para impedir a concessão do benefício em questão, cabendo, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/3, atento aos vetores do art. 42 da referida Lei.

3. Embora o acusado seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantidade da substância apreendida, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 478.454/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe.13/2/2019).

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0286758-6

AgRg no
HC 476.546 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00157614620158260196 157614620158260196 20180000612820 32272015

EM MESA

JULGADO: 26/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JOYCE SANTOS DE OLIVEIRA PALMA RESENDE - SP275703
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IAGO OLIVEIRA VALERIO
CORRÉU : RENATO DE OLIVEIRA BORGES

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 : IAGO OLIVEIRA VALERIO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - DP999999

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.