



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 487.959 - SP (2019/0000690-5)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RICARDO DA CUNHA JOSE (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELE CRISTINA DO NASCIMENTO SILVA PICHININ -
SP316106
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006, EM SEU PATAMAR MÁXIMO (2/3). *QUANTUM* DA PENA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. APREENSÃO NÃO EXACERBADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO RECOMENDÁVEL. INSUFICIENTE PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO DELITO. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR.

1. O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que, *fixada a pena-base da paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a sua primariedade e a inexistência de grande quantidade de droga apreendida, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso* (HC n. 465.791/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 19/12/2018).

2. *In casu*, o agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão pela qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 30 de maio de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 487.959 - SP (2019/0000690-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trago a julgamento o agravo regimental interposto pelo **Ministério Público Federal** contra a decisão mediante a qual concedi parcialmente a ordem de *habeas corpus* em prol de Ricardo da Cunha José. Eis a ementa do *decisum* de fl. 350:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006, EM SEU PATAMAR MÁXIMO (2/3). *QUANTUM* DA PENA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA N. 440/STJ. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. APREENSÃO NÃO EXACERBADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. NÃO RECOMENDÁVEL. INSUFICIENTE PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO DELITO. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR.

Ordem parcialmente concedida, nos termos do dispositivo.

Argumenta o agravante que (fls. 361/362):

[...] para a definição do regime inicial, a simples análise do *quantum* de pena aplicada não é suficiente.

Inicialmente, ao considerar a remissão do art. 33, § 3º ao art. 59 ambos do Código Penal, bem assim a literalidade do último preceito, há de se levar em conta a diferença entre fixar uma pena um regime inicial de cumprimento dessa pena.

[...]

Assim, mesmo em casos de pena-base fixada no mínimo legal, a aplicação do regime mais rigoroso não configura constrangimento ilegal.

Na hipótese, a gravidade concreta do delito, demonstrada pela quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas (79g de maconha, 8,3g de cocaína e 5,7g de *crack*), autoriza a fixação de regime mais rigoroso - o regime semiaberto.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou o remetimento do presente agravo à Sexta Turma, *para que ela anule ou reforme a decisão agravada* (fl. 364).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 487.959 - SP (2019/0000690-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O agravo regimental não merece provimento, tendo em vista que a decisão ora agravada se revela consentânea com a jurisprudência deste Superior Tribunal, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos, os quais transcrevo para que integrem o presente julgado (fls. 350/353):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Ricardo da Cunha José**, apontando-se como órgão coator o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 0001452-21.2016.8.26.0540 - fls. 23/30).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 166 dias-multa, vedado o recurso em liberdade (Processo n. 0001452-21.2016.8.26.0540 - fls. 17/22).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, objetivamente, em síntese, a absolvição por atipicidade da conduta ou insuficiência probatória; subsidiariamente, pleiteou a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. O Tribunal *a quo*, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, mantendo, na íntegra, a sentença recorrida, nos termos da seguinte ementa (fl. 24):

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - APREENSÃO DE PORÇÕES DE COCAÍNA, CRACK, MACONHA - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS EM SINTONIA COM O ACERVO PROBATÓRIO A MERECER CREDIBILIDADE - TRAFICÂNCIA COMPROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA.

Neste Tribunal Superior, a defensora pública almeja, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que: ***i) seja fixado regime inicial mais benéfico permitido por lei, sendo cabível, no caso posto, o regime inicial aberto; ii) haja substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos*** (fl. 15).

Liminar indeferida pelo Presidente desta Corte, Ministro João Otávio de Noronha, em 10/1/2019 (fl. 325).

Prestadas as informações (fls. 328/337), o Ministério Público Federal opinou pela não concessão da ordem pretendida (fls. 342/348).

É o relatório.

Busca a impetração o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa por restritiva de direitos – na condenação à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, e 166 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas (79g de maconha, 8,3g de cocaína e 5,7g de crack g de crack – fls. 49/50) –, ao argumento de ausência de fundamentação para agravamento do regime e para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastamento da substituição de pena.

O inconformismo merece parcial acolhimento.

Ao que se tem, em primeiro grau de jurisdição, o Magistrado singular, a despeito de estabelecer a pena-base no mínimo legal e aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo (2/3), *fixou o regime inicial fechado ao fundamento de que, o tráfico de entorpecentes é um delito equiparado aos hediondos, de gravidade inquestionável, pois assombra todas as famílias brasileiras e desintegra grande parte delas* (fl. 21).

Por seu turno, o Tribunal *a quo* preservou o regime inicial mais gravoso ao alicerce de que, *seria o único adequado e suficiente ao caráter preventivo e repressivo da carcerária do apelante, diante da apreensão da quantidade de porções de maconha, crack e cocaína em ponto de vendas de drogas* (fl. 29).

Ocorre que, para a jurisprudência desta Corte Superior, *Fixada a pena-base da Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a sua primariedade e a inexistência de grande quantidade de droga apreendida, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso* (HC n. 465.791/SP, Ministra Laurita VAZ, Sexta Turma, DJe 19/12/2018).

Em igual direção: HC n. 470.600/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 10/4/2019, HC n. 452.576/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 4/2/2019, HC n. 463.804/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 13/11/2018 e HC n. 457.720/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/9/2018.

Ademais, o posicionamento jurisprudencial sumulado do Tribunal é no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito (Súmula n. 440).

Nesse contexto, considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal - *a pena definitiva imposta (1 ano e 8 meses de reclusão)* -, sendo todas as circunstâncias judiciais favoráveis, inclusive, tendo a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 sido aplicada em seu patamar máximo, além da quantidade não excessiva das drogas apreendidas, verifica-se, pois, que o paciente faz jus a iniciar o cumprimento da reprimenda imposta em regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c, do CP).

Relativamente à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, tomando por conta a quantidade e variedade das drogas apreendidas, tem este Tribunal Superior entendido que *Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, circunstância concreta relacionada à quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas, é motivação suficiente para impedir a substituição da pena privativa pelas restritivas de direitos* (AgRg no AREsp n. 1.060.222/MG, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 20/9/2017).

No mesmo norte: HC n. 489.143/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 28/3/2019 e HC n. 458.709/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 16/11/2018.

Sob esta moldura, **concedo parcialmente** a ordem para fixar o regime aberto para o início de cumprimento da pena, referente à condenação proferida na Ação Penal n. 0001452-21.2016.8.26.0540, da 1ª Vara



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Criminal da comarca de Santo André/SP.
Comunique-se com urgência.
Intime-se o Ministério Público estadual.
Publique-se.

No sentido da decisão impugnada, há ainda mais estes precedentes: HC n. 472.561/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 28/3/2019; HC n. 471.171/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 19/2/2019; AgRg no HC n. 468.919/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 18/2/2019; HC n. 465.791/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 19/12/2018; e AgRg no REsp n. 1.682.331/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 8/11/2018.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0000690-5

AgRg no
HC 487.959 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00014522120168260540 14522120168260540 20180000507022

EM MESA

JULGADO: 30/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DOMINGOS SAVIO DRESCH DA SILVEIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELE CRISTINA DO NASCIMENTO SILVA PICHININ - SP316106
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO DA CUNHA JOSE (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 : RICARDO DA CUNHA JOSE (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELE CRISTINA DO NASCIMENTO SILVA PICHININ - SP316106
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA 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 Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.