



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 515.775 - SP (2019/0170698-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : LIDERVANE MENDES GASPAR BRANDAO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO DE SANT ANNA VALENTI - SP324471
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PACIENTE PRIMÁRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. *WRIT* CONCEDIDO PARA FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, pois está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.
2. Não se justifica a imposição de regime inicial fechado a paciente primária, condenada à pena reclusiva de 1 ano e 8 meses, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fazendo jus a paciente ao regime aberto, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c 59, ambos do Código Penal, mesmo que tenha sido apreendida uma grande diversidade de drogas, a quantidade de 21,8g de maconha, 2,3g de *crack* e 34,8g de cocaína não se mostra relevante.
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), 1º de outubro de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 515.775 - SP (2019/0170698-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **LIDERVANE MENDES GASPAR BRANDAO**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RICARDO DE SANT ANNA VALENTI - SP324471
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA 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 de fls. 125/128 que concedeu o *habeas corpus* para fixar o regime inicial aberto de cumprimento da pena.

Alega o agravante que a quantidade, natureza e diversidade de drogas apreendidas com a ré justificam a imposição do regime fechado, bem como a negativa de substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Requer, portanto, a reconsideração da decisão agravada ou que o recurso seja provido e submetido à Turma, para que seja restabelecido o acórdão estadual.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 515.775 - SP (2019/0170698-0)

VOTO

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

Alega o agravante que a quantidade, natureza e diversidade de drogas apreendidas com a ré justificam a imposição do regime fechado, bem como a negativa de substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (fls. 125/128):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de LIDERVANE MENDES GASPAR BRANDAO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento ao apelo da defesa, por acórdão assim ementado (fl. 71):

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - RÉU QUE TRAZIA CONSIGO PORÇÕES DE COCAÍNA, CRACK E MACONHA - DEPOIMENTO DOS POLICIAIS MILITARES EM SINTONIA COM O ACERVO PROBATÓRIO, A MERECERER CREDIBILIDADE - TRAFICÂNCIA COMPROVADA - CONDENAÇÃO DEVIDA - RECURSO NÃO PROVIDO - DOSIMETRIA - EXASPERAÇÃO DA BASILAR. NATUREZA DA DROGA. AFASTAMENTO. NECESSIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, SEM ALTERAÇÃO NO QUANTUM FINAL DA REPRIMENDA.

O paciente foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, à 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 166 dias-multa.

O impetrante requer a concessão da ordem para a fixação do regime aberto para o cumprimento de pena e a substituição da pena privativa por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, o impetrante requer a concessão da ordem para a fixação do regime aberto para o cumprimento de pena e a substituição da pena privativa por restritiva de direitos.

As instâncias ordinárias fixaram o regime inicial fechado, bem como negaram a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, sob a seguinte fundamentação:

Sentença (fl. 27):

Quanto ao regime de pena, declarada a inconstitucionalidade incidental do preceito legal que determina a adoção de regime inicial fechado (STF, HC 111.840/ES), passa-se à análise da questão. Com efeito, entende-se que seja aplicável regime mais severo do que aquele que o seria com base no simples valor aritmético da pena ora aplicada. **Isto porque, conforme já dito anteriormente, quando da primeira fase da dosimetria da pena, o réu foi surpreendido na posse de quantidade relevante de entorpecente, tratando-se daquele que**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maior risco representa para a sociedade, pois causador de maior dependência química, sendo assim mais nocivo para a saúde pública, bem jurídico tutelado pelo legislador. Frise-se, por fim, que o delito ora em questão é daqueles que mais desassossego traz para a sociedade paulistana, tendo em vista ser crime potencializador de outros delitos, já que boa parte dos agentes comete crimes sob efeito de drogas ou para quitação de dívidas oriundas da aquisição de entorpecentes. Por tais motivos, fixo o regime fechado como inicial para cumprimento da pena. Neste sentido:

[...]

Pelas razões já expostas quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, entendo insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou mesmo a aplicação do sursis. Neste sentido:

[...].

Acórdão (fls. 74/75):

[...]

O regime inicial fechado é o único adequado e suficiente ao caráter preventivo e repressivo da carcerária, sendo inviável o abrandamento. **Isso porque, as circunstâncias em que cometido o delito, alhures mencionadas, evidenciam que desconto menos severo não seria suficiente para atingir o aspecto qualitativo da pena.** E não se olvide 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. Nessa esteira entende o C. Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Também não era o caso de substituição da pena corporal do sentenciado por alternativa. É certo que a decisão do colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS, consolidada pela Resolução nº 5 do Senado Federal, reconheceu ser possível a aplicação do art. 44 do Código Penal para os delitos previstos na Lei de Drogas. Contudo, não afastou do julgador natural o poder de efetuar tal conversão levando em conta as circunstâncias concretas de cada caso. Por fim, oportuno destacar que, a despeito de comumente chamar-se de tráfico “privilegiado” a figura prevista no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, o rigor técnico obriga a reconhecer que não se trata de tipo penal autônomo menos grave, mas sim de mera causa de diminuição de pena. **E, como é cediço, a existência de minorante de pena não tem o condão de alterar o próprio tipo penal, afastando, no caso do gravíssimo crime de tráfico de drogas, a hediondez do delito.**

Aliás, conforme já bem se manifestou sobre o tema o d. desembargador Lauro Mens de Mello, “(...) esta confusão parece ter passado despercebida pelo Supremo Tribunal Federal que ao analisar o HC 118.533, em diversos momentos referiu-se ao tráfico como 'privilegiado', o que consta inclusive da ementa do voto.(...)”.

De todo jeito, a decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 118.553 não é dotada de caráter vinculante, tendo sido aplicada de forma incidental. Desta forma, não pode tal interpretação ser estendida a todos os crimes de tráfico de drogas no país, já que se trata ainda de crime arrolado como assemelhado a hediondo, nos termos da legislação vigente, devendo ser tratado com rigor como estabelece a Constituição Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...].

A Terceira Seção deste STJ entende ser possível, desde que com base em motivação concreta, estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso (HC n. 362.535/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, Rel. para o acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/3/2017).

Na hipótese, embora tenham as instâncias ordinárias mencionado a quantidade de entorpecente, denota-se, da leitura da sentença (fl. 23), terem sido apreendidas *21,8g de maconha, acondicionados em 8 invólucros plásticos, aproximadamente 2,3g da droga cocaína, na forma de "crack", acondicionados em 09 invólucros plásticos, aproximadamente 34,8g da droga cocaína, acondicionados em 86, microtubos plásticos, tipo "eppendorf"*, quantidade que não se mostra relevante a ponto de autorizar o estabelecimento do regime fechado, tampouco para a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse contexto, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso sem fundamento concreto, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, *in verbis*:

"Súmula 440/STJ: "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".

Sendo assim, não se justifica a imposição de regime inicial fechado a paciente primário, condenado à pena reclusiva inferior a 4 anos (1 ano e 8 meses de reclusão), cuja pena-base foi fixada no mínimo legal (fl. 74), em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fazendo jus o paciente ao regime aberto, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para, mantida a condenação, fixar o regime inicial aberto para início do cumprimento da reprimenda, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

[...].

Não vislumbro motivo para conclusão diversa, pois, no caso, embora tenha sido apreendida diversidade de drogas, a quantidade dos entorpecentes associada à primariedade da ré não justificam a imposição do regime mais gravoso que a pena permite. A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REFERÊNCIAS GENÉRICAS ACERCA DA GRAVIDADE DO DELITO. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. PACIENTE PRIMÁRIO, COM ANÁLISE FAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. A partir do julgamento do HC n. 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a parcial inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. Hipótese em que o regime prisional foi recrudescido e a substituição da pena foi negada com base em referências genéricas acerca da gravidade do delito, além da quantidade dos entorpecentes apreendidos, que não é expressiva na hipótese dos autos (9,1g de cocaína e 33,3g de maconha).

5. O quantum da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto e ter sua pena substituída por medidas restritivas de direitos, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais. (HC 482.234/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 14/06/2019).

Assim, considerando que o agravante não apresentou qualquer elemento capaz de alterar a conclusão do julgado, mantenho o posicionamento firmado na decisão agravada.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0170698-0

AgRg no
HC 515.775 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00034713520188260635 00163616820188260000 163616820188260000 20190000453458
34713520188260635

EM MESA

JULGADO: 01/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUIZ AUGUSTO DOS SANTOS LIMA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO DE SANT ANNA VALENTI - SP324471
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LIDERVANE MENDES GASPAR BRANDAO (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 : LIDERVANE MENDES GASPAR BRANDAO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO DE SANT ANNA VALENTI - SP324471
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
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 Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.