



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 560.272 - SP (2020/0027451-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **THIAGO GONCALVES RODRIGUES (PRESO)**
ADVOGADO : **RENATO VIEIRA DE MAGALHAES NETO - SP0399407**
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 EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA EVIDENCIADA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

- Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Aplicada a sanção corporal em patamar inferior a 4 anos de reclusão, mas presente circunstância judicial desfavorável, diante da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido, tanto que a pena-base foi aplicada acima do mínimo legal, o regime inicial semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

- A decisão agravada encontra-se alinhada à jurisprudência desta Corte, que permite a fixação do regime imediatamente mais gravoso do que a pena comporta, com lastro na quantidade/nocividade das drogas que o caso envolve. Precedentes.

– Agravo regimental a que se nega provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).

Brasília (DF), 05 de março de 2020(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 560.272 - SP (2020/0027451-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **THIAGO GONCALVES RODRIGUES (PRESO)**
ADVOGADO : **RENATO VIEIRA DE MAGALHAES NETO - SP0399407**
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 REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental em *habeas corpus* interposto pelo representante do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática de minha lavra, pela qual não conheci da impetração, mas concedi a ordem de ofício para aplicar o regime inicial semiaberto (e-STJ, fls. 46/58).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, nos autos da Ação Penal n. 1500341-41.2019.8.26.0630, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 388 dias-multa (e-STJ, fls. 26/36).

O processo transitou em julgado para as partes (e-STJ, fl. 37).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* na origem, pugnando pela revisão da pena e pela alteração de regime, mas o *writ* não foi conhecido. Impetrado *habeas corpus* (HC n. 550.673/SP) perante esta Corte, em decisão proferida em 9 de dezembro de 2019, a ordem foi concedida de ofício para determinar que o Tribunal *a quo* examine o mérito das alegações formuladas no *writ* originário.

Renovando o julgamento do HC n. 2229912-63.2019.8.26.0000, por acórdão proferido em 23 de janeiro de 2020, a Corte local denegou a ordem (e-STJ, fls. 40/43).

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/20), o impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão do aumento da pena-base, baseada na natureza da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga apreendida; do afastamento da aplicação do redutor de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima de 2/3; e na fixação do regime inicial fechado.

Quanto à exasperação da pena-base, argumenta que *houve exagero na sentença ao agravar a base a sanção, porque a natureza de droga apreendida, conquanto suficiente para revelar o propósito mercantil a animar a conduta do paciente, lembrando que as consequências desastrosas do tráfico já foram consideradas pelo legislador ao prever pesada sanção para o agente que o pratica* (e-STJ, fl. 7). Assim, afirma que a pena-base deve retornar ao mínimo legal.

Em relação à redutora, aponta que a quantidade de drogas apreendidas não é impedimento para concessão da causa especial de diminuição da pena em seu grau máximo, devendo a fração ser arbitrada em 2/3.

Ao final, se insurge quanto à fixação do regime fechado, na medida em que a hediondez do delito não é fundamento idôneo para agravar o regime inicial de cumprimento da pena. Afirma que o paciente faz jus ao regime inicial mais brando, uma vez que é primário e a pena foi fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão. Argumenta, ademais, *quanto à justificativa da quantidade droga apreendida, esta é irrisória (250g) e não é suficiente para, de modo isolado, agravar o regime inicial, quando presentes circunstâncias judiciais favoráveis, tal como ocorreu no caso em apreço* (e-STJ, fl. 15).

Dessa forma, requer, liminarmente, a aplicação do regime inicial semiaberto e, no mérito, a redução da pena-base, a aplicação da causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3 e a fixação do regime inicial mais brando, inclusive com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por decisão monocrática de minha lavra, a ordem não foi conhecida, mas concedi *habeas corpus* de ofício para aplicar o regime inicial semiaberto (e-STJ, fls. 46/53).

Nesta oportunidade (e-STJ, fls. 62/67), o representante do *Parquet* insurge-se contra a aplicação do regime inicial semiaberto, ao fundamento de que o regime inicial fechado está baseado na gravidade concreta da conduta, o que foi evidenciado pelas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instâncias de origem.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do presente agravo ao julgamento do órgão Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 560.272 - SP (2020/0027451-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Argumenta o representante do *Parquet* que o regime inicial fechado foi aplicado em razão da gravidade concreta da conduta, o que foi evidenciado pelas instâncias de origem.

Entretanto, a irresignação não merece prosperar.

Quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

A partir de então, a fixação do regime inicial passou a seguir os parâmetros da pena, definidos no art. 33 do Código Penal, de forma que a aplicação de regime inicial mais gravoso deve estar lastreada na existência de circunstância judicial desfavorável ou, ainda, na gravidade concreta da conduta. Tal entendimento está expresso no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, segundo o qual *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*.

Nesse mesmo sentido, destaco os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federa, respectivamente:

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.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, foi aplicada ao paciente uma pena inferior a 4 anos e o regime inicial fechado foi fixado pelas instâncias de origem aos seguintes fundamentos:

Não se desconhece que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, em data anterior, ou seja, em 27/07/2012, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.

8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Ocorre que a decisão foi dada em controle incidental de constitucionalidade, o que significa dizer que valeu somente para aquele processo julgado;

não tendo efeito erga omnes.

Não existe, assim, a obrigatoriedade da fixação do regime mais gravoso, como previa a lei, mas nada impede que no caso em concreto o Juízo entenda por aplicá-lo, por se tratar mais apropriado à espécie, sempre com vistas à efetiva prevenção e reparação do crime.

Não há como mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a do tráfico ilícito de drogas. Trata-se de delito gravíssimo e que merece séria reprimenda, diante das consequências nefastas que causam à sociedade, seja com relação à saúde pública, onde se expõem pessoas inocentes a perderem sua integridade corporal diante do consumo de tóxicos, ou então em razão das demais consequências à sociedade em geral, tal como o financiamento do crime organizado ou a prática desenfreada de delitos contra o patrimônio para a aquisição de tóxicos (sentença - e-STJ, fl. 34).

Adequada, outrossim, a fixação do mais gravoso dos regimes prisionais ante a gravidade concreta do delito perpetrado, notória a nocividade da droga apreendida, restando patente sua capacidade de disseminação e a arregimentação de clientes aos borbotoes (acórdão - e-STJ, fl. 43).

Na espécie, afastada a hipótese de fixação do regime inicial fechado pela apontada hediondez do delito, com acima exposto, resta a aplicação de regime inicial mais severo pela gravidade concreta da conduta, a qual foi evidenciada pelo Tribunal *a quo*, conforme se extrai do trecho destacado, bem como em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, o paciente é primário e a pena é inferior a 4 anos de reclusão, de forma que a existência de tais circunstâncias justificam apenas a aplicação do regime inicial semiaberto, e não do fechado, como mantido pelo acórdão impugnado, conforme dispõe o art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DA AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. FLAGRANTE ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação da paciente ao tráfico, e uma vez certificada a sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal (2/3).

5. Embora a paciente seja primária e a pena tenha sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecida em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais, que justificaram a fixação pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito mostra-se insuficiente, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a sanção final da paciente para 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais pagamento de 222 dias-multa, em regime semiaberto (HC 531.600/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 04/12/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A decisão agravada é clara ao reconhecer que, diante da análise desfavorável, na primeira fase da dosimetria da pena, da quantidade, da natureza e da diversidade de entorpecentes apreendidos - cerca de 10 g de crack, 26 g de cocaína e 62 g de maconha -, é cabível a imposição de regime mais gravoso. Todavia, como a reprimenda fixada ao réu é inferior a 4 anos de reclusão, o modo adequado é o semiaberto.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 438.993/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE DROGA. MODO SEMIABERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n.

11.343/2006.

- Aplicada a sanção corporal no patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão e sendo favoráveis as demais circunstâncias ao paciente, o regime inicial semiaberto é o adequado e suficiente para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento da pena reclusiva, diante da valoração desfavorável da quantidade e da diversidade dos entorpecentes apreendidos, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, c.c o art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.

- A decisão agravada encontra-se alinhada à jurisprudência desta Corte, que permite a fixação do regime imediatamente mais gravoso do que a pena comporta com lastro na quantidade/nocividade das drogas que o caso envolve.

- Agravo regimental não provido (AgRg no HC 406.339/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 05/10/2017, DJe 16/10/2017)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0027451-0

AgRg no
HC 560.272 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15003414120198260630 22299126320198260000

EM MESA

JULGADO: 05/03/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO (IMPEDIDO)

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RENATO VIEIRA DE MAGALHAES NETO
ADVOGADO : RENATO VIEIRA DE MAGALHAES NETO - SP399407
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO GONCALVES RODRIGUES (PRESO)
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 : THIAGO GONCALVES RODRIGUES (PRESO)
ADVOGADO : RENATO VIEIRA DE MAGALHAES NETO - SP0399407
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 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).