



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 514.996 - SP (2019/0166803-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : WERISTON CAMARGO VITTA DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ESTABELECIDADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 APLICADA NO GRAU MÁXIMO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIALMENTE FECHADO DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA (1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO). ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

2. O regime prisional mais gravoso do que aquele que o patamar de pena aplicada permite ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, conforme o teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

3. Na espécie, além da quantidade não expressiva de droga encontrada em poder do acusado (15,7g de cocaína, 20,8g de maconha e 0,2g de crack), não houve fundamentação idônea para a fixação do regime prisional mais severo e, considerando a pena definitivamente aplicada – 1 ano e 8 meses de reclusão –, ressaltando que a pena-base foi fixada no mínimo legal e que a minorante foi concedida na fração máxima, deve ser mantido o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicialmente aberto para cumprimento da reprimenda, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, pois preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido.

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 Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de agosto de 2019 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 514.996 - SP (2019/0166803-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **WERISTON CAMARGO VITTA DA SILVA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão por mim proferida que concedeu liminarmente em favor do agravado a ordem de *habeas corpus*, para estabelecer o regime inicial aberto e determinar a substituição da pena.

Narram os autos que o paciente, ora agravado, foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 10 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 8/16).

Consta que com o paciente foram apreendidos aproximadamente 15g de cocaína, 0,2g de *crack* e 20g de maconha (e-STJ fl. 36).

Irresignada, a Defensoria Pública estadual apelou. O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena aplicada, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 29/30):

Tráfico de drogas Recurso defensivo pleiteando a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a redução da pena base para o mínimo legal, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos - Provas francamente incriminadoras Condição de usuário de drogas que não elide a concomitante atividade de traficância Pena alterada Redução da pena base ao patamar mínimo Quantidade de entorpecentes apreendidos que não justifica a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenação mais rigorosa Réu beneficiado com a aplicação do redutor - Incidência que não pode ser regra, independentemente de ser o agente primário e de bons antecedentes Réu que fazia do comércio ilícito de entorpecentes seu meio de vida, não se tratando de traficante ocasional Inviabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Crime nefasto, sendo preciso maior reprovabilidade àquele que envereda para a prática de tal conduta ilícita, de modo a prevalecer o parâmetro da suficiência e proporcionalidade na fixação da pena - Necessidade de imposição de tratamento mais rigoroso ao traficante Regime prisional fixado com critério Crime de tráfico de drogas equiparado a hediondo, ensejando a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito - Personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública, de quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade - Parcial provimento.

No *habeas corpus*, a impetrante sustentou que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve o regime inicial fechado com base na gravidade abstrata do delito de tráfico, diante da previsão no art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, que trata dos crimes hediondos ou equiparados.

Afirmou que o paciente é primário, teve a pena-base fixada no mínimo legal, com análise favorável das circunstâncias judiciais, razão pela qual seria cabível o regime aberto.

Ao final, liminarmente e no mérito, pediu a concessão da ordem para que fosse estabelecido o regime aberto, com a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Deferi a ordem liminarmente.

Daí o presente agravo regimental, no qual alega o agravante que, "*de fato, constato que as instâncias de origem fundamentaram concretamente a fixação do regime inicial fechado, notadamente em razão da quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas (trinta e cinco porções cocaína, uma porção de crack e oito porções de maconha), consoante consignado às fls. 9 e-STJ, o que revela a maior gravidade da conduta perpetrada pelo paciente*" (e-STJ fl. 57).

Requer, ao final, seja restabelecido o regime fechado e, além disso, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastamento da substituição da pena.

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 514.996 - SP (2019/0166803-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Não assiste razão ao agravante.

Quanto ao tema, verifica-se que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados.

No caso em apreço, a pena-base, em segundo grau, foi fixada no mínimo legal. Além disso, o colegiado local manteve a fração máxima de 2/3, na terceira etapa da dosimetria, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; no entanto, manteve o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda com a seguinte justificativa (e-STJ fls. 37/38):

Por fim, o regime inicial fechado para o cumprimento da pena foi corretamente fixado, não comportando abrandamento. A gravidade do crime assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.

Não é só. Quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade, indistavelmente tem personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública.

Não obstante, ao reduzir a pena-base ao mínimo legal, em sentido diametralmente oposto à fundamentação utilizada para manter o regime mais gravoso, consignou que "a quantidade de entorpecentes apreendidos (15,7 g de cocaína, 20,8 g de maconha e 0,2 g de crack) **não justifica a apenação mais rigorosa**, levando-se em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consideração a reprovabilidade da conduta criminosa" (e-STJ fl. 36, grifei).

Pois bem, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei de Drogas).

De mais a mais, consoante *"a recente jurisprudência desta Corte Superior, na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo"* (AgRg no AREsp n. 994.487/MG, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2017).

Portanto, o regime fechado, mais severo do que aquele que a pena comporta, em princípio, foi fixado sem fundamentação idônea, afrontando o disposto no art. 93, IX, da Constituição da República e no enunciado 440 da Súmula desta Casa, que segue transcrito:

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, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, 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.

A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PRISÃO DOMICILIAR. HC N. 143.641/SP. INAPLICABILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REVOGAÇÃO DA LIMINAR CONCEDIDA PELA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MACONHA (40G), COCAÍNA (23G). ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. É inaplicável, na hipótese, o entendimento firmado pela Suprema Corte nos autos do HC n. 143.641/SP, pois a condenação da Paciente já transitou em julgado. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e decisão proferida pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, em 24/10/2018, ao acompanhar o cumprimento da ordem concedida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Revogação da prisão domiciliar liminarmente concedida pela Presidência desta Corte.

2. Considerando que a Paciente preenche todos os requisitos necessários à aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e tendo em vista a quantidade da droga apreendida - **23g de cocaína e 40g de maconha** -, deve ser aplicado o redutor no seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), atendendo-se à proporcionalidade necessária e suficiente para a reprovação do crime.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.os 440/STJ e 718 e 719/STF.

4. Fixada a pena-base da Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a sua primariedade e a inexistência de fundamentação concreta para a fixação do regime diverso do legal, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso. Pelas mesmas razões e, tendo em vista a aplicação da minorante prevista no parágrafo 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, sendo ilegal a negativa da substituição.

5. Prisão domiciliar revogada em virtude do trânsito em julgado da condenação. Ordem de habeas corpus concedida para reduzir as penas para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixar o regime aberto como regime inicial para o cumprimento de pena e conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, que deverão ser escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais (HC 486.419/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. [...] TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA RECLUSIVA DE 1 ANO, 11 MESES e 10 DIAS. REGIME FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES ALTERNATIVAS. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

[...]

3. Cominada a pena reclusiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias, tendo em vista a apreensão de **26,15g (vinte e seis gramas e quinze centigramas) de cocaína e 9,16g (nove gramas e dezesseis centigramas) de maconha**, verifico flagrante ilegalidade na fixação do regime fechado e no indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

4. **Com efeito, estipulada a pena-base no mínimo legal, reconhecida a primariedade da agente e cominada a minorante do tráfico privilegiado na fração máxima, não é possível negar esses benefícios com espeque na hediondez do delito e na quantidade de estupefaciente apreendido que, no caso, é inexpressiva. Incidência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.**

5. Agravo regimental desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime aberto e conceder a substituição da pena (Aglnt no AREsp 1142322/SP, Minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018, grifei).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PATAMAR DIVERSO DE 2/3. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ILEGALIDADE. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ADMISSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em patamar diverso de 2/3, sem a apresentação de justificativa idônea configura constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. Não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos, cuja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime aberto, em coerência com a orientação firmada nas Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF e, conforme dispõe o art. 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal.

3. Tratando-se de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo-lhe favoráveis as circunstâncias previstas no art. 59 do CP, é possível a substituição da pena privativa restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP.

4. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 371.888/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016, grifei).

Sob tal perspectiva, diante dos parâmetros acima aludidos e considerada a quantidade de pena aplicada – 1 ano e 8 meses de reclusão –, ressaltando que a pena-base foi fixada no patamar mínimo legal e que a minorante foi concedida na fração máxima, mantenho o regime inicialmente aberto para cumprimento da reprimenda e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, pois preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

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

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0166803-6

AgRg no
HC 514.996 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00864673620178260050 17502017 20180000804722 20642017 2722017 54422017
864673620178260050

EM MESA

JULGADO: 15/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WERISTON CAMARGO VITTA DA SILVA (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 : WERISTON CAMARGO VITTA DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
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 Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.