

**HABEAS CORPUS Nº 513.798 - SP (2019/0160773-0)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ISABELLA BENITEZ GALVES - SP330270  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JEFERSON NOGUEIRA RIBEIRO (PRESO)

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JEFERSON NOGUEIRA RIBEIRO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n.º 0085288-33.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que o Paciente foi sentenciado, em 14/11/2018, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porquanto estava na posse e mantinha em depósito 5,4g de cocaína, 26,7g de *crack* e 187,1g de maconha.

O Tribunal de origem, em 15/05/2019, negou provimento à apelação interposta pelo Sentenciado.

No presente *writ*, a Defesa alega que "*a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas não podem configurar óbice à aplicabilidade da causa de diminuição*" (fl. 5). Aduz que "*a imposição de regime mais grave ao crime de tráfico e de outro mais brando a delitos cometidos com violência ou grave ameaça traz inafastável infração aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade*" (fl. 12).

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena e a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório. Decido o pedido urgente.

Em juízo de cognição sumária, verifico que, no tocante à irresignação concernente à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, o Magistrado de primeiro grau deixou assentado que é inviável a sua aplicação, pois, além da grande quantidade de entorpecentes e da natureza diversa das drogas apreendidas, foi "*provado que o Réu se dedicava de forma reiterada à prática de atividades criminosas*" (fl. 27).

Tal entendimento, a princípio, parece não destoar da jurisprudência desta

Corte, como demonstra o seguinte precedente:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRAVANTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE.*

1. - *De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

2. - *A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que a quantidade de droga apreendida configura motivação suficiente para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que evidencia a dedicação à atividade criminosa (HC n. 356.145/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 1º/12/2016).*

3. - *Na hipótese, a Corte local deixou de aplicar a referida causa especial de diminuição da pena respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com observância, ainda, aos pormenores da situação concreta, destacando a elevada quantidade de droga apreendida - 102,96g (cento e dois gramas e noventa e seis centigramas) de cocaína, contexto a demonstrar que o réu, embora primário, estaria envolto nas atividades criminosas.*

4. - *Não pode esta Corte Superior desconstituir os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem sem ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o habeas corpus.*

5. - *Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 463.561/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 01/02/2019; sem grifos no original.)*

Lado outro, ainda em exame prelibatório, constato a existência de ilegalidade apta a ensejar o deferimento parcial da liminar pretendida. Isso porque, em vez de o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo motivar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena **em elementos concretos dos autos, apoiou-se em fundamento já declarado inidôneo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.**

Ao julgar o HC n.º 111.840/ES, o Pretório Excelso 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.

Nesse sentido:

*"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTO INIDÔNEO E ABSTRATO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONDENAÇÃO INFERIOR A 8 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

*1. A previsão legal que determinava a aplicação do regime fechado como inicial para o cumprimento da pena reclusiva foi declarada inconstitucional, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.*

*2. Inadmissível a utilização da quantidade da droga apreendida quando não relevante 57,6 gramas de maconha e 46,2 gramas de cocaína, bem como de fundamentação abstrata a justificar a imposição do regime mais gravoso, pois, nos termos do § 3º do art. 33 do CP, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código. Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF. 3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 397.009/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018; sem grifos no original.)*

No caso, o Tribunal estadual tão somente mencionou que *"o delito pelo qual foi o apelante condenado – tráfico de drogas –, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar"* (fls. 49-50).

Assim, considerando a pena imposta – 5 (cinco) anos de reclusão, a primariedade do Paciente e a pena-base fixada no mínimo legal –, mostra-se cabível o regime inicial semiaberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Ilustrativamente:

*"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS*

**GRAVOSO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N.º 440/STJ. SÚMULAS N.os 718 e 719/STF. APLICAÇÃO DAS REGRAS PREVISTAS NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DO REGIME CARCERÁRIO INICIAL SEMIABERTO. AGRAVO DESPROVIDO.**

*1. Ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena sem fundamentação concreta. Conforme o disposto no art. 33, § 2.º, alínea b, do Código Penal, "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto". Outrossim, no § 3.º do mesmo artigo, prevê-se que "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".*

*2. Incidência do entendimento sedimentado nas Súmulas n.os 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça.*

*3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 490.954/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 28/03/2019; sem grifos no original)*

A propósito, transcrevo os enunciados n.ºs 718 e 719 das Súmulas 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."*

Aplicável, portanto, à hipótese, o Verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *in verbis*:

*"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."*

Ante o exposto, DEFIRO em parte o pedido liminar para assegurar ao Paciente o cumprimento da pena no regime inicial semiaberto até o julgamento definitivo deste *writ*, se por outro motivo não estiver preso em regime mais gravoso.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado São Paulo e ao Juízo de primeira instância, comunicando-lhes o inteiro teor da presente decisão para adoção das providências cabíveis.

# *Superior Tribunal de Justiça*

## **DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO**

Edição nº 2689 - Brasília, Disponibilização: Quarta-feira, 12 de Junho de 2019 Publicação: Quinta-feira, 13 de Junho de 2019

Encontrando-se os autos devidamente instruídos, dispensei as informações da Autoridade Coatora.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora

