



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.299 - MG (2017/0136208-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : PABLO SANTOS CUSTÓDIO DE JESUS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO BASEADA NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE.

1. Nos termos da jurisprudência firmada neste Tribunal Superior, e consoante o disposto nos arts. 42 da Lei de Tóxicos e 33, § 3º, do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem fundamentos idôneos para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, bem como o afastamento da substituição da pena.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem manteve o regime inicial mais severo e o indeferimento da substituição da reprimenda com supedâneo em fundamentação concreta e idônea, considerando a quantidade e a natureza da droga apreendida – 144,38g (cento e quarenta e quatro gramas e trinta e oito centigramas) de maconha e 33,79g (trinta e três gramas e setenta e nove centigramas) de cocaína.

3. 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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 19 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.299 - MG (2017/0136208-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **PABLO SANTOS CUSTÓDIO DE JESUS**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por PABLO SANTOS CUSTÓDIO DE JESUS contra decisão que conheceu do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial, apenas para alterar o regime inicial imposto ao agravante para o semiaberto.

Depreende-se dos autos que o ora agravante foi condenado, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado. Isso porque, conforme consta da sentença, o agravante trazia consigo 144,38g (cento e quarenta e quatro gramas e trinta e oito centigramas) de maconha e 33,79g (trinta e três gramas e setenta e nove centigramas) de cocaína (e-STJ fl. 143).

A apelação interposta pelo agravante foi parcialmente provida, tão somente para isentá-lo do pagamento das custas processuais (e-STJ fl. 209).

Opostos embargos infringentes, foram eles rejeitados (e-STJ fl. 237).

Irresignada, a defesa interpôs recurso especial alegando violação ao disposto no art. 33, § 2º, c, e no art. 44, ambos do Código Penal, ao argumento de que o agravante faria jus ao regime aberto e à substituição da pena.

Inadmitido o apelo extremo na origem, os autos subiram a esta Corte por força de agravo, no qual proferi decisão entendendo pelo seu parcial provimento (e-STJ fls. 290/295).

Daí o presente agravo regimental, no qual o agravante sustenta que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação baseada na natureza e na quantidade do entorpecente, no caso, não seria apta a justificar o regime inicial mais gravoso do que o previsto em lei, nem o afastamento da substituição da pena.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou, caso contrário, a submissão da matéria ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.299 - MG (2017/0136208-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

O recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram o *decisum* ora impugnado.

Este Tribunal Superior firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem fundamentos idôneos para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso bem como para afastar a substituição da pena.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (29 PEDRAS DE CRACK). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo legal, constituindo, outrossim, justificativa para a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

3. Todavia, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 1 ano e 8 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(HC 337.305/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE. PLEITO DE APLICAÇÃO DA REDUTORA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM O ESTABELECIMENTO DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão das circunstâncias do crime e da natureza da droga.

- Inexiste constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do writ.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

- No caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão, em razão das circunstâncias do crime e da nocividade da droga apreendida, o regime mais gravoso foi devidamente fundamentado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 321.301/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016, grifei)

No caso dos autos, tenho que o Tribunal de origem valeu-se de fundamentação concreta para fixar o regime inicial de cumprimento da pena bem como para afastar a substituição.

Confira-se (e-STJ fl. 208):

*In casu, mantém-se o regime prisional fechado, inicialmente, para o desconto da pena, diante da quantidade das drogas apreendidas **(144,38g de maconha mais 33,79g de cocaína)**. Justifica-se com fulcro no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal c/c art. 42 da Lei n. 11.343/06.*

A substituição da pena corporal é inviável porque ausente os requisitos do art. 44, III, do Código Penal e do artigo 42 da Lei n. 11.343/06. Reprise-se que a quantidade e as características das drogas apreendidas não autorizam a substituição da pena. (grifei)

Contudo, conforme deixei consignado na decisão ora agravada, apesar de existir fundamentação idônea apta a justificar o afastamento da substituição e o recrudescimento do regime prisional (quantidade da droga), vislumbro a existência de equívoco no acórdão recorrido, uma vez que, tendo em vista o *quantum* da pena aplicada – 2 anos e 4 meses de reclusão – o regime imediatamente mais gravoso, na espécie, seria o semiaberto, conforme determina o art. 33 do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (29 PEDRAS DE CRACK). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, **a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo legal, constituindo, outrossim, justificativa para a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas.** Precedentes.

3. **Todavia, embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 1 ano e 8 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal.** Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(HC 337.305/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016, grifei)

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUFICIÊNCIA.

1. Tratando-se de réu tecnicamente primário, porquanto a condenação anterior ocorreu há mais de dez anos, e estando a pena em concreto estipulada em patamar alcançado pelo regime aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal), ainda que existente circunstância judicial desfavorável, mostra-se desproporcional o estabelecimento de regime fechado para o cumprimento da pena, uma vez que o regime semiaberto já se afigura como mais gravoso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que aquele previsto na lei.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 615.877/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015.)

Desse modo, o regime inicial para o cumprimento da pena deve ser alterado para o semiaberto.

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: 2017/0136208-0

AgRg no
AREsp 1.111.299 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0075580952015 00755809520158130382 10382150075580 10382150075580001
10382150075580002 10382150075580003 10382150075580004 75580952015
755809520158130382

EM MESA

JULGADO: 19/09/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : PABLO SANTOS CUSTÓDIO DE JESUS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 : PABLO SANTOS CUSTÓDIO DE JESUS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.