



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 371.412 - SP (2016/0243707-5)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JADSON MAGALHAES MELO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO FIXADO COM BASE NA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO.

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

2. Hipótese em que o regime semiaberto foi estabelecido pelo acórdão recorrido com base na natureza e quantidade de droga apreendida. Verificando-se inexpressiva a quantidade de entorpecentes apreendida, deve ser afastado tal fundamento.

3. *In casu*, constatada a primariedade, ausência de circunstâncias desfavoráveis e o *quantum* da pena privativa de liberdade inferior a 4 anos faz jus o paciente ao regime aberto.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 02 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 371.412 - SP (2016/0243707-5)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JADSON MAGALHAES MELO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JADSON MAGALHÃES MELO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0011687-62.2014.8.26.0590).

Consta dos autos que o paciente foi detido na posse de 43 microtubos de cocaína (38g), 42 pedras de *crack* (6,8g) e 55 porções de maconha (76g), tendo sido condenado como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em **regime fechado**. Entretanto, a pena privativa de liberdade foi **substituída por prestação de serviços à comunidade** (e-STJ fl. 14).

Irresignada, a defesa apelou, tendo o Tribunal *a quo* dado parcial provimento à apelação da defesa tão somente para alterar o regime inicial para o **semiaberto**, considerando tal regime o mais adequado, **mantida, porém, a substituição de pena operada na sentença** (e-STJ fls. 21/22).

Sustentou a defesa neste *writ* que o regime adequado seria o **aberto**, haja vista o montante da pena aplicada e o fato de o paciente ser primário.

Requeru, liminarmente, fosse garantido ao paciente o direito de aguardar o julgamento do *habeas corpus* em liberdade, tendo sido o pleito liminar deferido tal como requerido (e-STJ fls. 32/34).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 47/48 e 50/51).

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 65/72).

Em 18 de outubro de 2016, foi proferida decisão monocrática concedendo *habeas corpus* de ofício para **fixar o regime aberto** para o início do cumprimento da pena do paciente, tendo em vista o *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade do paciente e o fato de não terem sido apontadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias desfavoráveis, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal (e-STJ fls. 77/99).

Contra essa decisão o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL interpôs o presente agravo regimental.

Alega o *Parquet* Federal que a natureza e quantidade das substâncias apreendidas com o réu impedem a fixação de regime mais brando, nos termos do art. 33 do Código Penal, combinado com o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Acrescenta que a Corte de origem fixou o regime inicial semiaberto, sendo este o adequado, não sendo socialmente recomendável a fixação do regime aberto para o paciente (e-STJ fl. 91).

Diante disso, pleiteia a reconsideração da v. decisão agravada ou, não o fazendo, remeta o presente agravo à egrégia Sexta Turma, para que seja provido este agravo, no sentido de não conhecer da ordem, mantendo-se o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 371.412 - SP (2016/0243707-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Nada obstante as judiciosas ponderações do agravante, tenho que o recurso não merece prosperar.

O Juízo singular, ao fixar a reprimenda, considerou na primeira fase da dosimetria da pena não serem as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal desfavoráveis ao paciente e, outrossim, com fulcro no art. 42 da Lei de Drogas, concluiu que a quantidade de entorpecente apreendida não se revelou em quantidade hábil à exasperação da pena-base. Na segunda fase, explicitou não haver circunstância agravante ou atenuante. Em terceira etapa, reconheceu o Magistrado que não foi produzida prova a demonstrar que o paciente se dedicasse a atividades criminosas ou participasse de organização para o crime. Assim, aplicou a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal de 2/3 (dois terços), resultando a pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa (e-STJ fls. 13/14).

Acerca do regime de cumprimento da pena, assim fundamentou a sentença (e-STJ fl. 14):

O regime inicial de cumprimento da pena no caso de conversão será o fechado, com base no artigo 2º, §1º da Lei 8072/1990, onde equipara o tráfico ilícito de entorpecentes a crime hediondo, tendo como cumprimento inicial o regime fechado (grifei).

Ainda sobre este ponto, o Tribunal de origem, de seu lado, assentou (e-STJ fls. 21/22):

Considerando o montante da pena, e o tempo de prisão provisória no regime mais rigoroso desde o flagrante até o cumprimento do alvará de soltura aos 22.6.2015 (fl. 131), conclui-se que o regime semiaberto é o mais adequado ajusta reprovação da conduta.

Embora este relator tivesse se posicionado contra a concessão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena restritiva de direitos, em substituição da carcerária, posto que o desvalor do crime possa ser considerado pelos legisladores para negar-lhes esta possibilidade, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a vedação contida no artigo 44 da Lei Antidrogas. Sucessivas decisões posteriores confirmaram aquele entendimento.

*Assim, se o posicionamento da Corte Constitucional se faz nesse sentido, para evitar conflitos jurisprudenciais desnecessários, é de se seguir aquela orientação. **Nesse passo, é mantida a substituição, tal como posta na sentença.***

Ante tais motivos, nega-se provimento ao recurso do Ministério Público e dá-se provimento parcial ao de Jadson Magalhães Melo, para determinar o regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da respeitável sentença apelada.

O Pleno do eg. 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.

Em tal contexto, 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).

Na hipótese dos autos, ao contrário do alegado pelo agravante, a quantidade de droga apreendida – 38 gramas de cocaína, 6,8g de *crack* e 76g de maconha – , a meu ver, não se revela tão expressiva para, por si só, justificar regime prisional mais gravoso.

Desta forma, considerando o *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e o fato de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, faz jus o paciente ao regime aberto, conforme o disposto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal.

Ademais, a Corte local deixou de indicar elementos concretos dos autos que demonstrassem a real necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido segundo a pena aplicada, o que vai de encontro ao teor dos Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF, bem como do Enunciado n. 440 da Súmula do STJ, que assim dispõem:

Enunciado 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".

Enunciado 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Enunciado 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".

Sob tal perspectiva e diante dos parâmetros acima aludidos, entendo que o paciente deve ser submetido ao regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda que lhe fora imposta.

Diante dessas considerações, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos e nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0243707-5

AgRg no
HC 371.412 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00116876220148260590 116876220148260590 20160000438776

EM MESA

JULGADO: 02/02/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MATEUS OLIVEIRA MORO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JADSON MAGALHAES MELO

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 : JADSON MAGALHAES MELO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : 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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.