



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 462.809 - SP (2014/0011205-9)**

**RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**  
**AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO : JAMES BONFIM DE OLIVEIRA**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL ABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF.

– Dispõe o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que *"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"*. No mesmo sentido, são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

– No caso dos autos, após fixada a pena-base no mínimo legal, pois favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos, o regime inicial fechado foi fixado sem a devida fundamentação idônea, ou seja, sem a indicação de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou outra circunstância concreta do delito que justifique o regime mais gravoso.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Rogerio Schietti Cruz (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 07 de abril de 2015(Data do Julgamento).



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

MINISTRO ERICSON MARANHÃO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 462.809 - SP (2014/0011205-9)**

**RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO : JAMES BONFIM DE OLIVEIRA**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):**

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL interpõe agravo regimental contra a decisão de fls. 403/406 por mim proferida, em que dei provimento ao recurso especial para fixar o regime aberto para o início de cumprimento da reprimenda cominada.

O agravante aduz que *"ao fixar o regime inicial aberto para o resgate da reprimenda, Vossa Excelência desconsiderou a natureza e a diversidade de drogas apreendidas em poder do réu"* (fls. 286-287), sendo essa circunstância apta a justificar o regime prisional mais severo.

Requer a reconsideração da decisão ou a sua reforma pela Turma julgadora.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 462.809 - SP (2014/0011205-9)

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):**

Conforme afirmado na decisão combatida, quanto ao regime, a jurisprudência dessa Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e no caso de tráfico, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

Entende-se que é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo, na primeira fase da dosimetria da pena, e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente.

Seguindo tal entendimento, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desse Tribunal, 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"*. No mesmo sentido, são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Anoto que *in casu* não foram consideradas pelas instâncias ordinárias a natureza e a quantidade da droga apreendida em poder do agravante na dosimetria da pena, restando a pena-base no mínimo legal (5 anos) e totalizando a pena definitivo em 1 ano e 8 meses.

Ademais, não se insurgiu o Ministério Público Federal, quanto à fixação da pena-base, quando da prolação da sentença, restando, portanto, preclusa a questão .

Na hipótese em debate, após fixada a pena-base no mínimo legal, pois favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e estabelecida a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos, o regime inicial fechado foi fixado sem a devida fundamentação, ou seja, sem a indicação das circunstâncias judiciais desfavoráveis ou outra circunstância concreta do delito que justificasse o regime mais gravoso.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse contexto, a mera referência à gravidade do delito de tráfico de drogas não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

No mesmo sentido, vejamos os seguintes precedentes dessa Corte:

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 33, § 3º, DO CP. OCORRÊNCIA. PENA INFERIOR A 8 ANOS E SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DIREITO A REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

*1. Não é possível a imposição de regime mais severo que o fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.*

*2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1395041/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 14/04/2014).*

*PENAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. NÃO CABIMENTO. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*II - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de liminar em habeas corpus, manteve a decisão da magistrada de 1ª instância, que fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, fundamentado na gravidade em abstrato do delito.*

*III - Contudo, o Enunciado 440, da Súmula do STJ afirma que "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".*

*IV - In casu, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, é o aberto.*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena (HC 304.311/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 27/11/2014).*

*HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, §4.º, DA LEI N.º 11.343/2006 EM PATAMAR SUPERIOR AO*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECONHECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E QUANTUM TOTAL DA PENA INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SÚMULA N.º 440/STJ. PACIENTE QUE PREENCHE OS REQUISITOS PARA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO.

1. Paciente presa em flagrante com 1,8 gramas de crack e 5 gramas de maconha e posteriormente condenada à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 416 dias-multa, como incurso no art. 33, caput, c.c. §4.º, da Lei n.º 11.343/06.

2. A análise do pedido de desclassificação para uso pessoal (art. 28 da Lei n.º 11.343/2006) demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, atividade sabidamente incompatível com a estreita via do habeas corpus, que é ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

3. Embora não justifique a aplicação da minorante do art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 em seu grau máximo (2/3), a natureza e quantidade de drogas apreendidas tampouco recomendam seja aplicado o redutor no mínimo legal (1/6), tal como fizeram as instâncias ordinárias, sendo razoável que a causa de diminuição incida à razão de 1/3 (um terço).

4. Fixada a pena-base no mínimo legal e não passando de quatro anos de reclusão a pena definitiva, o regime adequado para início de cumprimento de pena é o regime aberto. Súmula n.º 440/STJ.

5. A Paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, pois é primária, teve sua pena-base fixada no mínimo legal, e o quantum total da pena aplicada, com as alterações aqui realizadas, é inferior a 04 (quatro) anos de reclusão.

6. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida, para, mantida a condenação da Paciente, aumentar o grau de redução pela minorante do art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e, por conseguinte, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções (HC 234.389/SP. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 21.6.2013).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0011205-9      **PROCESSO ELETRÔNICO**      **AgRg no AREsp 462.809 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0009030212011 00090302120118260278 15873 201400112059 2780120110090300 80011  
9030212011 90302120118260278

EM MESA

JULGADO: 07/04/2015

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MARCELO MOSCOGLIATO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

AGRAVANTE : JAMES BONFIM DE OLIVEIRA  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
AGRAVADO : 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 : JAMES BONFIM DE OLIVEIRA  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA 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 Maria Thereza de Assis Moura, Rogerio Schietti Cruz (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.