



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 507.011 - SP (2019/0120352-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JOSE CARLOS BIGOTO JUNIOR
ADVOGADO : EDUARDO HENRIQUE FERRI SALINAS - SP313276
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *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. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO. 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 a pena aplicada permite pode 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, as instâncias originárias estabeleceram o regime prisional inicialmente fechado com alicerce, apenas, na gravidade abstrata do delito, sem indicar elementos concretos dos autos que demonstrassem a real necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso.

4. Sob tal perspectiva, considerada a quantidade de pena 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 regime inicialmente aberto para cumprimento da reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. 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, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 19 de setembro de 2019 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 507.011 - SP (2019/0120352-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **JOSE CARLOS BIGOTO JUNIOR**
ADVOGADO : **EDUARDO HENRIQUE FERRI SALINAS - SP313276**
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 monocrática de minha lavra que concedeu a ordem de *habeas corpus* a fim de fixar o regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena imposta ao réu.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 98/110), tendo em vista que ele e outros réus, *"agindo em concurso, previamente ajustados, mediante unidade de desígnios e divisão de tarefas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, após aquisição de pessoa não identificada, transportaram e trouxeram consigo, com o propósito de fornecer ou entrega a consumo, ainda que gratuitamente 363,800g (trezentos e sessenta e três gramas e oitocentos miligramas) de maconha, distribuídas em 14 porções"* (e-STJ fls. 98/99).

Interposta apelação, os desembargadores da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça negaram provimento ao recurso defensivo (e-STJ fls. 16/28). Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 17):

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Depoimentos dos policiais militares em harmonia com o conjunto probatório. Negativas dos réus isoladas. Apreensão de razoável quantidade de entorpecente (14 porções de maconha, com peso de 363,8 gramas), além de balança de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

precisão Coação moral irresistível não evidenciada Desclassificação para uso próprio. Impossibilidade Condenação mantida.

[...]

PENAS e REGIME DE CUMPRIMENTO. Bases nos mínimos Menoridade relativa de Caio. Atenuante inócua. Súmula n. 231 do STJ Manutenção do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 (2/3). Ausência de impugnação ministerial (vedada a reformatio in pejus). Regime inicial fechado para o crime de tráfico e aberto para o delito de posse irregular de acessório de arma de fogo e munições. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (CP, artigo 44, III). Apelos de Marcos e José desprovidos. Recurso de Caio acolhido em parte para fixar o regime inicial aberto para o crime do Estatuto do Desarmamento Expedição de mandados de prisão.

Neste *writ*, a defesa apontou constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime inicialmente fechado para cumprimento da reprimenda.

Sustentou que o paciente era primário e possuía bons antecedentes, família constituída e trabalho lícito, além de ter respondido normalmente a todos os atos processuais enquanto estava em liberdade.

Ressaltou que, diante dessas condições e em razão da quantidade de pena definitivamente aplicada, caberia a alteração do regime prisional para o aberto.

Postulou, liminarmente, a revogação da prisão com a consequente expedição do alvará de soltura. No mérito, requereu a confirmação da liminar para que o paciente pudesse cumprir a pena no regime aberto (e-STJ fls. 3/15).

A ordem foi concedida sob o argumento de que, embora a quantidade de droga apreendida não fosse inexpressiva (363g de maconha), a quantidade da sanção definitivamente aplicada ao acusado – 1 ano e 8 meses de reclusão –, ressaltando que a pena-base foi fixada no mínimo legal e que a minorante foi estabelecida na fração máxima, justificava o abrandamento do regime prisional para o aberto (e-STJ fls. 135/140).

Neste agravo regimental, o Ministério Público Federal alega que "o regime inicial mais gravoso encontra-se devidamente justificado pela quantidade da droga apreendida e pela apreensão dos petrechos utilizados para a traficância" (e-STJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fl. 148) e reforça que *"por tais razões, a despeito da reprimenda não ser superior a 8 (oito) anos de reclusão, o regime inicial fechado afigura-se como o regime suficiente e necessário para a prevenção e reprovação do delito, nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal"* (e-STJ fl. 151).

Diante disso, requer a reconsideração da decisão agravada ou, caso assim não se entenda, a submissão do presente recurso ao julgamento colegiado desta Turma, a fim de que seja dado provimento ao pleito (e-STJ fls. 144/151).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 507.011 - SP (2019/0120352-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Como se vê do relatório, objetiva o Ministério Público Federal o recrudesimento do regime prisional por entender que se encontra devidamente justificada a decisão originária quanto à imposição do regime inicialmente fechado.

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.

Quanto ao tema, o Juízo sentenciante estabeleceu o regime inicialmente fechado, nos seguintes termos (e-STJ fl. 108):

Fixo o regime fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade para todos os corréus, considerando o advento da Lei 11.343/06, com seu inequívoco espírito de aumentar a repressão ao tráfico de drogas.

Decisão que foi assim mantida pelo Tribunal a quo (e-STJ fls. 26/27):

O regime inicial fechado deve ser mantido para o tráfico de entorpecentes, pois no caso sub judice a gravidade concreta das condutas já minuciosamente analisada desautoriza o estabelecimento de regime prisional mais brando (cf. artigo 59, III; c.c. artigo 33, § 3º, do Código Penal).

Cumpridos, nessa quadra, os comandos de fundamentação das Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, independentemente da quantificação da pena-base.

Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, o que não ocorreu na espécie. No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTUM DE REDUÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. OPINIÃO DO JULGADOR QUANTO À GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

3. A fundamentação genérica, embasada apenas na opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do crime de tráfico de entorpecentes, não se presta para fixar regime prisional mais gravoso do que a pena permite, consoante inteligência dos Verbetes Sumulares n.os 718 do Supremo Tribunal Federal e 440 deste Superior Tribunal de Justiça. In casu, em face de inidoneidade da fundamentação oposta à sentença, bem como do fato de que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, deve ser fixado o regime aberto para o cumprimento inicial da pena.

[...]

5. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais (HC 461.215/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 25/06/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ESTABELECIDA 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 PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEMIABERTO. 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 pode 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 - 84g de maconha e 12,8g de cocaína -, não houve fundamentação idônea para a fixação do regime prisional semiaberto, mormente se considerado que a pena-base foi fixada no mínimo e a minorante foi concedida na fração máxima, devendo ser mantido o 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 (AgRg no HC 517.078/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 06/09/2019).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM SEU PATAMAR MÁXIMO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA NO ACÓRDÃO RECORRIDO PARA FIXAR O REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ILEGALIDADE EVIDENCIADA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

2. O Superior Tribunal de Justiça, por meio do enunciado 440 da respectiva Súmula, consignou 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".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. No caso, o agravado foi condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, o exame das circunstâncias judiciais foi favorável, a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi aplicada no grau máximo (2/3), e a quantidade de substâncias entorpecentes apreendida não se revela exorbitante. Em razão disso, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade.

4. Agravo desprovido (AgRg no HC 507.378/SP, relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 16/08/2019).

Verifica-se que as instâncias originárias estabeleceram o regime prisional inicialmente fechado com alicerce, apenas, na gravidade abstrata do delito, sem indicar elementos concretos dos autos que demonstrassem a real necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso.

Portanto, o regime fechado, mais severo do que aquele que a pena comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, afrontando o disposto no art. 93, inciso 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, os enunciados 718 e 719 da Súmula 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.

Sob tal perspectiva, embora a quantidade de droga apreendida não seja ínfima (363g de maconha), 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 mínimo legal e a que minorante foi concedida na fração**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

máxima, impõe-se a fixação do regime inicialmente aberto para cumprimento da reprimenda.

À vista de tais pressupostos, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0120352-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 507.011 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 00003169220178260559

EM MESA

JULGADO: 19/09/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDUARDO HENRIQUE FERRI SALINAS
ADVOGADO : EDUARDO HENRIQUE FERRI SALINAS - SP313276
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE CARLOS BIGOTO JUNIOR (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 : JOSE CARLOS BIGOTO JUNIOR
ADVOGADO : EDUARDO HENRIQUE FERRI SALINAS - SP313276
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, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

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