



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000000787

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0012313-75.2024.8.26.0996, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado DIEGO HENRIQUE LIMA DE SOUSA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento parcial ao agravo em execução penal para cassar a r. decisão recorrida e restabelecer a tipificação do fato praticado por DIEGO HENRIQUE LIMA DE SOUSA, no dia 4/10/2023, como falta disciplinar de natureza grave, por infringência ao art. 52 da LEP, c.c. art. 50, VI e art. 39, II e V, da LEP. Por conseguinte, regrediram o sentenciado ao regime anterior, decretaram a perda de 1/6 dos dias remidos e a remir anteriormente à falta, bem como determinaram o reinício do lapso aquisitivo da progressão de regime. Considerando a antiguidade da falta, que já se encontra, em tese, reabilitada, comunique-se ao Juízo de origem para que analise, com brevidade, a possibilidade de manutenção do agravado em regime mais brando. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente) E ANA ZOMER.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

DINIZ FERNANDO
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Agravo em execução penal

nº 0012313-75.2024.8.26.0996

Agravante: Ministério Público

Agravado: Diego Henrique Lima de Sousa

Origem:

Presidente Prudente - DEECRIM UR5

(decisão)

Guarulhos (atual)

VOTO Nº 24.082

DIREITO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. PARCIAL PROVIMENTO.

I. Caso em Exame

1. O Ministério Público interpôs agravo em execução penal contra decisão que desclassificou a falta disciplinar cometida por Diego Henrique Lima de Sousa como de natureza média.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (I) verificar a correta tipificação da posse de drogas sintéticas em unidade prisional e (II) os efeitos da falta disciplinar grave no regime de cumprimento de pena.

III. Razões de Decidir

3. O Tema 506 do STF não se aplica a drogas sintéticas, como a ADB-BUTINACA, apreendida com o agravado.

4. A posse de drogas em unidade prisional, mesmo para uso pessoal, compromete a disciplina e segurança, configurando falta disciplinar grave.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso parcialmente provido. Restabelecida a tipificação da falta como grave, com regressão ao regime fechado, perda de 1/6 dos dias remidos e reinício do lapso para progressão de regime.

Tese de julgamento: 1. A posse de drogas sintéticas em unidade prisional não se enquadra no Tema 506 do STF. 2. A posse de drogas em presídio configura falta grave, afetando a disciplina e segurança.

Legislação Citada: LEP, art. 52, art. 50, VI, art. 39, II e V, art. 112, § 6º, art. 118, I. Jurisprudência Citada: TJSP, Agravo de Execução Penal 0010680-56.2024.8.26.0502, Rel. Des. Vico Mañas,

26/11/2024. STJ, AgRg no HC Nº 924886 – SP, rel.
Min. Daniela Teixeira, 11/12/2024.

1) O MINISTÉRIO PÚBLICO interpõe agravo em execução penal contra a r. decisão reproduzida a fls. 66/68, proferida em 16/7/2024, que operou a desclassificação e homologou a falta disciplinar cometida pelo sentenciado DIEGO HENRIQUE LIMA DE SOUSA em 4/10/2023 como de **natureza média**, nos termos do art. 45, inciso II, da Resolução SAP nº 144 de 29/6/2010 (*“portar material cuja posse seja proibida”*).

Conforme minuta, alega que o Tema 506 do STF não deve ser aplicado ao caso concreto, pois a droga apreendida com o agravado, de nome “M-4”, é sintética.

Alega que o referido tema estabelece que não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, apenas a substância *cannabis sativa*; além disso, presume-se usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até 40 gramas de *cannabis sativa* ou 6 plantas fêmeas.

Acrescenta que a conduta, ainda que eventualmente não seja considerada crime, persiste como ilícito extrapenal no âmbito administrativo disciplinar, caracterizando falta grave nos termos do art. 50, VI, da LEP.

Busca o provimento do recurso, com a consequente homologação da falta disciplinar de natureza grave cometida pelo agravado, bem como a aplicação de seus efeitos legais, a saber, regressão ao regime fechado, reinício da contagem do prazo para a progressão de regime e a declaração da perda de 1/3 dos dias eventualmente remidos anteriormente à data da falta grave (fls. 1/10).

Processado e respondido o recurso (fls. 77/82), a r. decisão recorrida foi mantida pelos próprios fundamentos (fls. 83).

A d. Procuradoria Geral de Justiça em parecer

manifestou-se pelo provimento do agravo (fls. 90/92).

Foi juntada aos presentes autos uma cópia da r. sentença proferida nos autos do processo nº 1500195-58.2024.8.26.0651 que aplicou a DIEGO, como incurso no art. 28 da Lei nº 11.343/06, a medida de advertência sobre os efeitos das drogas (fls. 96/99).

É o relatório.

2) É fato incontroverso que o agravado DIEGO, durante o cumprimento de pena no CPP de Valparaíso, em 4/10/2023 foi surpreendido trazendo consigo 10 invólucros de maconha (26,67 gramas) e 7 porções (2,7 gramas) de droga sintética contendo Tetrahydrocannabinol (THC) e Adb-Butinaca (laudos de fls. 13/21 dos autos nº 1500195-58.2024.8.26.0651).

Neste sentido foi a apuração realizada no procedimento disciplinar nº 418/2023 (fls. 11/47). Além disto, afastando qualquer dúvida ou discordância, o fato foi reconhecido em **sentença transitada em julgado**, disponível a fls. 96/99.

O d. Juízo das Execuções, em 7/6/2024, a princípio reconheceu a falta grave cometida (fls. 51/53). Após requerimento da Defesa, reanalisou a questão sob a ótica do Tema 506 do STF e, considerando a apreensão de maconha, *anulou* a decisão anterior, reconhecendo **falta média por porte de material proibido** pelo preso.

Inconformado, o Ministério Público recorre.

Assiste-lhe razão em impugnar a tipificação conferida aos fatos praticados pelo agravado no curso da execução.

O tema 506 do STF resultou na fixação da seguinte tese:

“Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de

*natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, **será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas**, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário”.*

Com efeito, o tema 506 do STF não se aplica perfeitamente ao presente caso, uma vez que houve a apreensão de **droga sintética**, consistente na substância ADB-BUTINACA constante na lista F2 da Portaria SVS/MS 344/98, óbice este que, aliás, inclusive foi observado expressamente na própria sentença acostada aos autos (fls. 99).

Se a apreensão não se limita à substância *cannabis sativa* abarcada pelo tema 506, este não deve incidir.

Neste sentido, confira-se:

“Agravos de Execução – Recurso defensivo. Falta Grave – Posse de drogas para uso próprio – Suficiência de provas – Desproporcionalidade da punição – Não ocorrência – Aplicação do Tema 506 do STF a respeito do art. 28 da Lei 11.343/06 – Inviabilidade – Apreensão de maconha e de cocaína – Manutenção da anotação no prontuário do detento. Remição – Perda máxima não fundamentada – Redução a um dia – Impossibilidade – Interpretação da Lei nº 12.433/2011 – Redução do desconto

a 1/6. Interrupção do lapso para obtenção de benefícios – Possibilidade apenas em relação a progressão de regime – Entendimento do C. STJ e expressa previsão legal – Inteligência do novo art. 112, § 6º, da LEP. Parcial provimento ao recurso” (TJSP; Agravo de Execução Penal 0010680-56.2024.8.26.0502; Relator (a): Des. Vico Mañas; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Campinas/DEECRIM UR4 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 4ª RAJ; Data do Julgamento: 26/11/2024; Data de Registro: 26/11/2024)

Por outro lado, após o referido tema, o C. STJ reiterou que, mesmo para consumo pessoal, a posse de drogas no interior de unidade prisional configura falta disciplinar de natureza grave:

“DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RECONHECIMENTO DE FALTA DISCIPLINAR GRAVE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I. CASO EM EXAME 1. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu do habeas corpus substitutivo e, na análise de ofício, não identificou flagrante ilegalidade na decisão que reconheceu a prática de falta grave. O agravante alega que a posse de drogas para consumo próprio não configura falta grave. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. Há duas questões em discussão: (i) definir se a posse de drogas para consumo próprio em estabelecimento prisional configura falta disciplinar grave; e (ii) estabelecer se o habeas corpus substitutivo de recurso próprio é meio adequado para impugnar a decisão que reconheceu a prática de falta grave. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. A jurisprudência do STJ e do STF não admite o habeas corpus como substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade que justifiquem a concessão da ordem de ofício (AgRg no HC n.º 895.777/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 8/4/2024). 4. A posse de drogas para uso pessoal em estabelecimento prisional configura falta disciplinar grave, ainda que o art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 não preveja pena privativa de liberdade, pois a conduta permanece tipificada como crime e compromete a disciplina carcerária, nos termos do art. 52 da Lei de Execução Penal e do art. 46, VIII, do Regimento Interno Padrão dos Estabelecimentos Prisionais (AgRg no HC n.º 590.178/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 25/8/2020). 5. Não há flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício, uma vez que a decisão impugnada está em consonância com a jurisprudência consolidada sobre a caracterização da posse de drogas em presídio como falta grave. IV. DISPOSITIVO 6. Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no HC Nº 924886 – SP, rel. Min. Daniela Teixeira, 11/12/2024).

A respeito do tema, confira-se julgado favorável à caracterização do fato como infração ao art. 50, VI, da LEP:

“No entanto, cumpre mencionar que, ainda que se considere atípica a conduta do reeducando, de todo modo seu proceder configura falta grave, à luz do artigo 50, VI, c/c art. 39, II e V, todos da LEP, pois constitui grave inobservância dos deveres impostos durante o cumprimento de pena. Afinal, a posse de entorpecentes e substâncias ilícitas, ainda que para uso próprio, não pode ser vista como conduta de menor importância no ambiente carcerário, onde o respeito às regras e à disciplina prisional constitui elemento fundamental para manutenção da ordem e da segurança, bem como para a ressocialização dos reeducandos” (TJSP; Agravo de Execução Penal 0008023-62.2024.8.26.0496; Relator (a): Des. Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Ribeirão Preto/DEECRIM UR6 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 6ª RAJ; Data do Julgamento: 11/11/2024; Data de Registro: 11/11/2024).

Desta forma, em suma, há total respaldo para a afirmação de que a *posse de drogas*, mesmo que afastada a tipificação de crime, compromete a segurança e a disciplina no âmbito da execução da pena privativa de liberdade, afastando o sentenciado da desejada ressocialização, de maneira a comportar punição a título de falta disciplinar grave, notadamente quando apreendida substância diversa da tratada no tema 506 interpretado restritivamente.

Portanto, reconhecida a falta *grave* em acolhimento ao agravo ministerial, passa-se à mensuração de seus efeitos.

Primeiro, há a perda parcial do tempo remido.

Considerando que o fato foi reconhecido como infração ao art. 28 da Lei nº 11.343/06, que pode ser interpretado como menos gravoso em comparação com outras condutas, é suficiente a imposição de perda de **1/6 do tempo remido**.

É de rigor o reconhecimento de que a falta grave interrompe a contagem do prazo referente ao requisito objetivo da **progressão de regime prisional** nos termos do art. 112, § 6º, da LEP, sem afetar, por outro lado, o livramento condicional, indulto e comutação, conforme já sedimentado pelo C. STJ em sede de recurso especial representativo de controvérsia (neste sentido: STJ, REsp 1364192/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 12/02/2014, DJe 17/09/2014).

Por fim, considerando que a falta grave foi cometida **durante a fruição do regime semiaberto** (fls. 23) e que a repreensão por novo ilícito ocorreu em processo já transitado em julgado, com observância ao contraditório e ao direito de interrogatório perante o Magistrado, torna-se dispensável a oitiva prévia referida pelo art. 117, § 2º, da LEP¹.

Destarte, é de rigor a regressão do agravante ao regime fechado, nos termos do art. 118, I, da LEP.

A falta disciplinar grave ora reconhecida foi cometida há mais de 1 ano, estando, portanto, passível de reabilitação nos termos do art. 112, § 7º, da LEP. Essa circunstância possibilita a recuperação da boa conduta carcerária e *eventual manutenção de regime mais brando*, apesar da regressão agora determinada, tratando-se de questão que deve ser apreciada em Primeira Instância pelo Juízo competente.

3) Pelo exposto, dou **provimento parcial** ao agravo em execução penal para cassar a r. decisão recorrida e restabelecer a tipificação do fato praticado por DIEGO HENRIQUE LIMA DE SOUSA, no dia 4/10/2023, como falta disciplinar de **natureza grave**, por infringência ao art. 52 da LEP, c.c. art. 50, VI e art. 39, II e V, da LEP.

Por conseguinte, regrido o sentenciado ao regime anterior, decreto a perda de 1/6 dos dias remidos e a remir anteriormente à falta, bem como determino o reinício do lapso aquisitivo da progressão de regime.

Considerando a antiguidade da falta, que já se encontra, *em tese*, reabilitada, comunique-se ao Juízo de origem para que

¹ “Por outro lado, consolidou-se neste Tribunal diretriz jurisprudencial no sentido de que, a teor do art. 118, I, da LEP, o reeducando que comete fato definido como crime doloso pode ser regredido de regime prisional, mesmo sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória referente ao novo delito. 6. In casu, **embora não tenha sido apurada falta grave mediante processo administrativo, verifica-se que o paciente foi condenado em primeira instância pelo cometimento de novo crime doloso, fato que justifica a regressão de regime.** 7. Recurso em habeas corpus não provido (g.n.)” (STJ, RHC 56.808/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/09/2015, DJe 21/09/2015).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

análise, com brevidade, a possibilidade de manutenção do agravado em regime mais brando.

DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ

Relator