



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.954 - RJ (2016/0111582-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GABRIEL SANTANA BENTO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– 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 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 e 719/STF.

– No caso, é de ser mantido o regime fechado, pois, como ressaltado pelo acórdão recorrido, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, qual seja, a quantidade e a nocividade da droga apreendida (530g de crack). Ademais, a fração redutora do tráfico privilegiado foi estabelecida no mínimo (1/6), de modo que deve ser mantido o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– Esta Corte já decidiu que não há falar em *bis in idem* na utilização da quantidade do entorpecente para exasperar a pena e estabelecer o regime inicial mais severo.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.954 - RJ (2016/0111582-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GABRIEL SANTANA BENTO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de GABRIEL SANTANA BENTO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0200192-53.2014.8.19.0001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 45/49).

Irresignada, a defesa interpôs recurso, tendo o Tribunal negado provimento ao apelo, consoante acórdão acostado às fls. 58/72. Os embargos de declaração opostos pela defesa foram rejeitados (fls. 81/88).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* nesta Corte, sendo concedida ordem, de ofício, em favor do paciente, para que "o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, com a utilização da quantidade e natureza das drogas apreendidas em somente uma das etapas da dosimetria, bem como analise a possibilidade de fixar regime menos severo e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal e no art. 44 do Código Penal" (fl. 3).

Em cumprimento à determinação desta Corte, o Tribunal *a quo* realizou novo julgamento (fls. 92/100), cuja ementa segue transcrita:

APELAÇÃO – TELEGRAMA STJ – Art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Pena: 04 anos e 02 meses de reclusão e 417 dias-multa. Regime fechado. Recurso de Apelação julgado em sessão realizada no dia 07/07/2015, tendo sido desprovido por unanimidade o apelo defensivo. Impetrado HC perante o STJ. Conforme determinado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo STJ, o Tribunal deve definir em que fase da dosimetria a quantidade e a nocividade da droga será considerada, devendo também analisar a possibilidade de fixar regime menos severo e substituição da pena. Passo a nova dosimetria da pena. Em que pese o reconhecimento da grande quantidade de entorpecentes (crack) e sua nítida nocividade à sociedade, tais circunstâncias somente serão sopesadas na terceira fase da fixação da pena. Assim, fixo a pena-base em seu patamar mínimo, qual seja, em 05 anos de reclusão e 500 dias- multa, no valor mínimo legal. Não obstante o Magistrado ter reconhecido a atenuante da menoridade, tal circunstância não deve ser aplicada diante do óbice intransponível encontrado na Súm 231 do STJ, verbis: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Na terceira fase, diante do reconhecimento do tráfico privilegiado, mantenho a redução de 1/6 aplicada pelo Magistrado, em razão grande quantidade de crack apreendida em poder do apelante, substância entorpecente, com elevado poder lesivo para saúde física e mental de dependentes químicos. O fato de o apelante fazer o transporte da droga (um pouco mais de meio quilo de “Crack”) de uma comunidade para a outra demonstra, por si só, o seu envolvimento com a facção criminosa que controla o tráfico na localidade. Restou demonstrado que o apelante se dedicava à atividade criminosa, o que, de certo impediria a aplicação do referido redutor. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Apelante restou condenado a pena de 04 anos e 02 meses de reclusão e assim não faz jus ao referido benefício por não preencher o requisito do inciso I, do art. 44, do CP. Deve ser mantido o regime fechado . O regime mais adequado para o início de cumprimento da pena é o fechado, uma vez que o delito cometido é grave, e vem causando grande prejuízo à sociedade. A natureza e a quantidade da droga apreendida autorizaram a fixação do regime fechado, nos termos do art. 42 da lei 11.343/06. O regime fechado melhor atenderá a finalidade da pena, cujos aspectos repressivos e preventivos ficariam sem efeito na hipótese de um regime mais brando, ante a possibilidade de o apelado não ser suficientemente intimidado a não mais delinquir. Não há que se cogitar do afastamento do regime inicial fechado que se encontra justificado não apenas pela gravidade objetiva do delito, equiparado a hediondo, como também pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, atento, ainda ao não atendimento do inciso III do art. 44 do Código Penal.. Pelo exposto, atendendo a determinação do STJ de elaboração de nova dosimetria da pena, devendo ser definido em que fase da dosimetria da pena a quantidade e a nocividade da droga seria considerada, fica o apelante condenado a mesma pena de 04 anos e 02 meses de reclusão e 417 dias-multa, no mínimo legal, em regime inicialmente fechado.

No presente *mandamus* (fls. 1/8), a impetrante sustenta que o novo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Julgamento da Corte local manteve o regime inicial fechado com base na gravidade abstrata do delito, além da quantidade e qualidade de entorpecentes. Entretanto, defende que a gravidade abstrata é fundamento inidôneo e que a quantidade e a natureza das drogas, utilizadas na terceira fase da dosimetria, não poderiam embasar o regime prisional, sob pena de *bis in idem*.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a alteração do regime prisional para inicial semiaberto.

Pedido liminar indeferido (fls. 105/109).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão da ordem de ofício (fls. 117/123).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.954 - RJ (2016/0111582-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa o abrandamento do regime prisional.

Sabe-se que, quanto ao regime, 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 os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

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.

No caso, o acórdão recorrido, ao promover a nova dosimetria da pena, fixou a pena-base no mínimo legal de 5 anos de reclusão. Na segunda fase, a pena basilar ficou inalterada. Por fim, reconhecido o tráfico privilegiado, a sanção foi reduzida na fração mínima de 1/6, fixando-se a pena definitivamente em 4 anos e 2 meses de reclusão. Na ocasião, foi estabelecido o regime inicial fechado com base na seguinte fundamentação (fl. 98/100):

Ao avaliar a possibilidade da modificação do regime, verifica-se que deve ser mantida a fixação do regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda.

O regime mais adequado para o início de cumprimento da pena é o fechado, uma vez que o delito cometido é grave, e vem causando grande prejuízo à sociedade.

Ressalte-se que no art. 33, § 2º, alínea “b” do Código Penal o legislador, ao dispor sobre o regime prisional, utilizou-se da expressão “poderá” e, deste modo, o D. Juiz sentenciante, pela discricionariedade, opta pelo regime que melhor atenda às necessidades de cada caso.

A natureza e a quantidade da droga apreendida autorizaram a fixação do regime fechado, nos termos do art. 42 da lei 11.343/06.

O delito de tráfico, dada a dimensão do bem jurídico atingido e a intensidade da repulsa causada à sociedade, sendo, inclusive, considerado um de seus maiores flagelos, merece do legislador tratamento penal mais rigoroso em face do intenso abalo social causado por condutas dessa natureza.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime fechado melhor atenderá a finalidade da pena, cujos aspectos repressivos e preventivos ficariam sem efeito na hipótese de um regime mais brando, ante a possibilidade de o apelado não ser suficientemente intimidado a não mais delinquir.

O estabelecimento do regime prisional além do aspecto da ressocialização do condenado, também deve ponderar a segurança da sociedade e seus cidadãos, que nesse caso teve seriamente ameaçada a sua incolumidade pela nocividade e abrangência inestimável de comercialização em razão da vultosa quantidade de drogas que seriam distribuídas no comércio ilegal.

Não há que se cogitar do afastamento do regime inicial fechado que se encontra justificado não apenas pela gravidade objetiva do delito, equiparado a hediondo, como também pelas circunstâncias fáticas do caso concreto.

Pela leitura do excerto acima, infere-se que, embora o acórdão tenha feito referência à gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes e mesmo com a pena-base estabelecida no mínimo legal, houve fundamentação concreta acerca da necessidade do regime mais gravoso, consubstanciada na quantidade e nocividade da droga apreendida, qual seja, 530 gramas de *crack*, circunstância idônea a motivar o regime prisional, consoante vem decidindo a Corte, cujos precedentes destaco:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR À 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses, *revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida (12 pedras de crack e 82 "buchinhas" de cocaína), conforme diretrizes do art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas.*

3. Habeas Corpus não conhecido. (HC 341.049/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - 19 pinos de cocaína e 10 invólucros de crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 4 anos e 2 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. Mantido o regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a natureza das drogas encontradas na posse do paciente - 19 pinos de cocaína e 10 invólucros de crack - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Writ não conhecido. (HC 339.558/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.

Logo, havendo circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, qual seja, a quantidade e a nocividade da droga apreendida, tanto que a redução pelo tráfico privilegiado operou-se na fração mínima, deve ser mantido o regime inicial fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Por fim, acresça-se que esta Corte já decidiu que não há falar em *bis in idem* na utilização da quantidade do entorpecente para exasperar a pena e estabelecer o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial mais severo. Neste sentido, conferir: AgRg no HC 283.219/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 18/11/2014; e AgRg no REsp 1317838/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Sexta Turma, Dje 3/3/2016.

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte Superior de Justiça, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0111582-8

HC 354.954 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02001925320148190001 2001925320148190001

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: GABRIEL SANTANA BENTO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.