



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 368.595 - MS (2016/0222940-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : RODRIGO PADUAM FARIAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PACIENTE CONDENADO PELO DELITO TIPIFICADO NO ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/1990, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional. No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício.

2. A reincidência e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis são fundamentos idôneos a justificar a imposição da fixação de regime prisional mais gravoso, inexistindo ilegalidade a ser sanada. Precedentes.

3. Fixada a reprimenda em 6 anos e 6 meses de reclusão, tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal, em razão da natureza da droga apreendida, e tratando-se de réu reincidente, portador de maus antecedentes, é inviável a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília, 15 de dezembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 368.595 - MS (2016/0222940-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : RODRIGO PADUAM FARIAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL desafiando decisão monocrática que não conheceu do *habeas corpus* impetrado nesta Corte (e-STJ fls. 479/484).

Alega a defesa que a decisão agravada merece reforma, em razão da manutenção do regime inicialmente fechado para cumprimento da pena, com fundamento, tão somente, na hediondez do delito.

Sustenta que *"tal fundamentação está em desacordo com as diretrizes da Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal [...]"*

No caso em exame, o julgador singular se apegou à gravidade abstrata do delito (hediondez) para fixação do regime totalmente incompatível com a pena fixada, ferindo, assim, o princípio da individualização e a lei expressa [...]"

Ademais, não se pode olvidar de elencar que o Relator Ministro Saldanha Palheiro, negou conhecimento ao Habeas Corpus entendendo que por possuir antecedentes criminais, o regime fechado é o mais indicado ao agravante, não cabendo abrandamento. A toda evidência, os argumentos trazidos para negar o abrandamento no caso em apreço, de mera reincidência, não justificam a manutenção regime prisional inicial mais gravoso imposto ao agravante [...] A que salientar ainda a fixação da pena acima do mínimo legal, e a natureza da droga, não justificam a imposição do regime mais gravoso [...]"

Dessa forma, requer que o presente agravo seja julgado pela Sexta Turma desta eg. Corte com modificação da r. decisão recorrida, para a fixação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional inicial semiaberto (e-STJ fls. 489/495).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 368.595 - MS (2016/0222940-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Nada obstante os judiciosos fundamentos, tenho que a decisão agravada não merece reforma.

Conforme esclarecido na decisão monocrática combatida, o Magistrado singular condenou o paciente à pena de 6 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 650 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, pois surpreendido na posse de 3g de "crack", distribuídos em 5 trouxinhas, além de portar a quantia de R\$170,00. A mais disso, em sua residência foram localizados objetos utilizados no embalo e preparo de drogas (e-STJ fls. 307/317).

Na ocasião da sentença, para a fixação do regime mais severo, foi levada em consideração a natureza da substância apreendida, bem como as circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59 do Código Penal, deixando-se de aplicar tanto a pena-base no mínimo legal, quanto a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, nestes termos (e-STJ fls. 314/316):

[...]. Analisadas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, a pena-base deve ser elevada em virtude dos antecedentes criminais do acusado, o qual possui duas condenações com trânsito em julgado, sendo que uma delas será considerada nesta fase da dosimetria e, a outra, como reincidência. Outrossim, a pena-base deve ser elevada em razão da natureza dos entorpecentes apreendidos, crack, que contém maior poder de vício e efeitos nefastos à saúde. Por tal motivo, fixo a pena-base em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial FECHADO, e ao pagamento de 650 (seiscentos e cinqüenta) dias-multa.

Reconheço a agravante de reincidência e a atenuante de confissão, compensando-as.

Ausentes causas de aumento ou diminuição de pena. Deixo de aplicar a minorante do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, vez que o acusado dedicava-se à atividade criminoso, revendendo entorpecente para terceiras pessoas. Ao mais, não é primário [...].



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fixo para ambos os réus o regime inicial FECHADO para o cumprimento inicial da reprimenda imposta nesta sentença, a teor do artigo 33, § 2º, "a" e "b", do Código Penal e em virtude da reincidência de ambos (grifei).

O Tribunal de origem, por sua vez, negou provimento ao apelo defensivo, mantendo o regime fechado por entender ser o mais adequado para início do cumprimento da pena, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal, *in verbis* (e-STJ fls. 425/426):

[...]. Por fim, os acusados almejam o abrandamento do regime prisional.

Sem razão, eis que as circunstâncias da prática delitiva - manutenção de "boca de fumo" por RODRIGO e fornecimento via "disque-droga" por CARLOS, além da natureza mais prejudicial da droga - evidenciam a necessidade de maior repressão estatal. Assim, o regime fechado mostra-se adequado para início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06 (grifei).

Consoante as transcrições acima, não vislumbrei constrangimento ilegal a ensejar a alteração do regime prisional, pois o regime inicialmente fechado foi imposto com fundamento na análise do caso em concreto do delito, diante das condições judiciais desfavoráveis do art. 59 do Código Penal e da natureza da droga apreendida, sendo mantido pela Corte local, devidamente fundamentado nos moldes do art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006.

Sendo assim, tratando-se de acusado reincidente condenado à pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, inviável a modificação do regime inicial para o semiaberto (CP, art. 33, § 2º, "b").

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. PACIENTES REINCIDENTES. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em ilegalidade no reconhecimento da agravante da reincidência, haja vista que ambos os pacientes ostentam condenação com data de trânsito em julgado anterior ao cometimento do delito em testilha.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Fixada a reprimenda corporal em 6 anos de reclusão e, tratando-se de réus reincidentes, é inviável a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

3. Habeas corpus não conhecido (HC 358.927/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 01/09/2016, grifei).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEMENTOS GENÉRICOS. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). RÉU REINCIDENTE. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

[...].

9. Mantido o quantum da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos e não superior a 8 anos e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base, bem como para compensar a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, fixando a pena final em 6 anos de reclusão, mais 600 dias-multa, mantido o regime inicialmente fechado (HC 360.367/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 20/09/2016, grifei).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PRESENÇA DE CONDENAÇÕES DIVERSAS DA UTILIZADA COMO REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE DEVIDAMENTE RECONHECIDA E APLICADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PEDIDO DE FIXAÇÃO DO REGIME MENOS GRAVOSO. RÉU REINCENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. No que diz respeito ao delito de tráfico de entorpecentes, considerar-se-á na fixação da pena-base, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (art. 42 da Lei 11.343/2006). *Precedentes.*

3. Uma vez constatado que a atenuante da confissão espontânea não apenas foi reconhecida como foi aplicada pelas instâncias ordinárias, sendo devidamente compensada com a agravante da reincidência, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a reincidência e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo, inexistindo ilegalidade a ser sanada. *Precedentes.*

5. Habeas corpus não conhecido (HC 297.975/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 06/12/2016, grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. RESP N. 1.341.370/MT. RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ART. 543-C DO CPP. SÚMULA N. 545/STJ. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REQUISITOS OBJETIVOS. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. APENADO REINCENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "B", DO CÓDIGO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...].



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Firmou-se nesta Corte a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

6. Conforme inteligência do art. 33, § 2º, alínea "b", do CP, em hipóteses de condenação a pena de reclusão superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, a fixação do regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda condiciona-se à ausência de reincidência do apenado. Desse modo, cuidando-se de réu reincidente, reputa-se idônea a fixação de regime fechado para cumprimento inicial da pena de reclusão, ainda que imposta reprimenda inferior a 8 (oito) anos de segregação.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório (HC 200.380/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 28/11/2016, grifei).

Sob tal perspectiva, diante dos parâmetros mencionados – consideradas a quantidade de pena aplicada (6 anos e 6 meses de reclusão), com a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da natureza da substância apreendida, das condições desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal e da reincidência, bem como a impossibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – não verifiquei a existência de constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime mais gravoso para o início do cumprimento da reprimenda.

Outrossim, pelo mesmo fundamento, penso inexistir qualquer afronta ao disposto no Enunciado da Súmula 719/STF, como alegado pela defesa.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0222940-2

AgRg no
HC 368.595 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011530320158120012 00014484020158120012 082016000180554 11530320158120012
14484020158120012 82016000180554

EM MESA

JULGADO: 15/12/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : RODRIGO PADUAM FARIAS
CORRÉU : CARLOS ALEXANDRE VILHALVA

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 : RODRIGO PADUAM FARIAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.