



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 400.072 - SP (2017/0114670-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **RODRIGO SANTOS DE ARAUJO**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MODULAÇÃO DA MINORANTE. REGIME SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Na hipótese, o Tribunal de origem fundamentou o regime inicial fechado na existência de circunstância judicial desfavorável ao acusado, materializada na diversidade e quantidade de entorpecentes apreendidos. Contudo, a reprimenda final foi estabelecida em 4 (quatro) anos de reclusão, a evidenciar a desproporcionalidade desse sistema prisional duplamente mais severo que o previsto no art. 33 do Código Penal.

2. É possível, em razão da apontada reprovabilidade do delito, estabelecer o semiaberto como inicial à execução da pena, o qual se mostra adequado e suficiente à prevenção e à repressão do crime versado.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 22 de março de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 400.072 - SP (2017/0114670-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **RODRIGO SANTOS DE ARAUJO**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, nos termos do art. 258 do Regimento Interno desta Corte, contra decisão unipessoal desta Relatoria (e-STJ, fls. 142-146), que não conheceu do *habeas corpus*, mas, de ofício, concedeu a ordem, estabelecendo o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao ora agravado.

De acordo com os autos, Rodrigo Santos de Araújo foi denunciado porque, em 10.7.2015, trazia consigo, para fins de comercialização, 434,7 g de cocaína, 20,4 g de *crack* e 400,1 g de maconha. Após o regular trâmite da ação penal, o réu foi condenado a 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de 400 (quatrocentos) dias-multa, calculados no valor unitário mínimo.

O recurso de apelação manejado pela defesa não alcançou êxito perante o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve integralmente os termos do édito condenatório.

Foi, então, impetrado *habeas corpus*, por meio do qual a defesa buscou o abrandamento do regime prisional, argumentando que a gravidade abstrata do delito não serve como fundamento idôneo para justificar o agravamento da situação carcerária do paciente.

O *writ* não foi conhecido. De ofício, concedeu-se a ordem, determinando que a pena passasse a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

Neste regimental, o Ministério Público postula o restabelecimento do regime inicial fechado, sob a alegação de que não há duplo agravamento na estipulação do modo mais gravoso de cumprimento da sanção. De acordo com o *Parquet* federal, o regime inicial mais grave fundou-se na existência de duas circunstâncias negativas (diversidade e quantidade de drogas apreendidas), o que evidencia a necessidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manter o agravado afastado do convívio social por período maior.

Requer a reconsideração da decisão agravada, para restabelecer o regime inicial fechado ou, subsidiariamente, a apresentação do feito ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 400.072 - SP (2017/0114670-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Não obstante as razões apresentadas, o presente recurso não merece prosperar.

É certo que o julgador deve observar, além dos parâmetros estabelecidos no art. 33, § 2º, do Código Penal, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo Codex, de modo a aplicar a pena mais adequada e suficiente para a prevenção e repressão do delito praticado.

Sobre este ponto, o eg. Tribunal de origem se manifestou nos seguintes termos:

Por fim, o regime prisional inicia! fixado (fechado), bem justificado pela r sentença, deve ser mantido, pois a gravidade concreta do fato desautoriza regime prisional mais brando, com fundamento nos princípios da individualização e da suficiência (artigo 59, inciso III, e o 33, § 3º, ambos do Código Penal). É que, in casu, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se justifica pela expressiva quantidade e diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas - 400,1g (quatrocentos gramas e um dedgrama) de maconha; 434,7g (quatrocentos e trinta e quatro gramas e sete decigramas) de cocaína; e 20,4g (vinte gramas e quatro decigramas) de crack, subproduto da cocaína o grau de nocividade e poder deletério deste último entorpecente (que causa grave danos à saúde de seus usuários), e, ainda, a quantidade de pessoas passíveis de serem atingidas, com conseqüências danosas. Nesse sentido, confira-se orientação do E. Superior Tribunal de Justiça (...). (e-STJ fls. 32-33)

Cumpre destacar que a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, consolidou entendimento no sentido de admitir o agravamento do regime inicial, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legalmente previsto, desde que haja motivação concreta.

A propósito:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE, EM TESE. ANÁLISE DE CADA CASO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETADA À SEÇÃO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento, cabendo a análise de flagrante ilegalidade.

2. **A Terceira Seção decidiu a matéria a ela afetada, no sentido de que é possível - desde que com base em motivação concreta - estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso.**

3. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade, haja vista que a Corte estadual invocou concretamente as circunstâncias do delito para justificar o regime prisional fechado, em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Foi indicada a concreta gravidade do crime (tentativa de matar mulher grávida de 4 meses, valendo-se das relações domésticas, mediante meio cruel e motivo fútil, inclusive na presença do filho de 4 anos da vítima e mediante "roleta russa").

4. Writ não conhecido. (HC 362.535/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 08/03/2017, grifou-se).

No mesmo sentido, cito precedentes de ambas as Turmas que cuidam de matéria penal nesta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Firmou-se neste Tribunal 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 Código Penal - CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

3. **Embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis, o paciente seja primário e a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, foi fixado o regime inicial fechado a partir de motivação concreta**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extraída dos autos - "os acusados associaram-se a um terceiro desconhecido e, com emprego de arma, abordaram o ofendido, subtraindo seu veículo, com o qual fugiram" -, o que autoriza a imposição de regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena, nos exatos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP. Inaplicável, portanto, os enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e n. 718 do STF.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 365.004/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 05/10/2016, grifou-se)

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS TENTADOS. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. NÃO CONSTATADA. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. De acordo com o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu" (Súmula n. 523 do STF).

2. Os acusados foram assistidos por advogado de sua confiança, que os acompanhou durante a instrução processual e até o oferecimento de memoriais, ocasião em que não alegou a inocência dos acusados apenas porque eles haviam confessado a prática delitiva em juízo, o que afasta a alegação de ausência de defesa.

3. **Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.**

4. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, seis tentativas de roubo circunstanciado cometidas mediante o concurso de quatro agentes e o emprego de duas armas de fogo.

5. Ordem não conhecida. (HC 225.831/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016, grifou-se).

De fato, esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que "a estipulação do regime de cumprimento da pena não está atrelada, em caráter absoluto, à pena-base. O fato de esta ser colocada no mínimo legal não torna obrigatória a fixação de regime menos severo, desde que, por meio de elementos extraídos da conduta delitiva, seja demonstrada a gravidade concreta do crime, de forma a autorizar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a imposição de regime mais rigoroso do que aquele permitido pelo quantum da reprimenda". (HC 262.939/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 25/04/2014).

Por outro lado, há de se ponderar que o *quantum* de pena aplicada autorizaria, pelas regras previstas no art. 33, § 2º, do Código Penal, que fosse iniciado o desconto da pena em regime aberto.

No entanto, não obstante o estabelecimento da pena-base no mínimo legal, há circunstâncias específicas no caso que foram consideradas desfavoráveis e serviram para tanto que justificaram a aplicação da fração redutora em patamar inferior ao máximo legalmente autorizado. Desse modo, entende-se proporcional a escolha do regime inicial **semiaberto**, haja vista que a manutenção do modo fechado implicaria duplo agravamento na situação prisional do agravante, conforme disposto no art. 33 do Código Penal.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS (COCAÍNA, "CRACK" E "MACONHA"). PROPORCIONALIDADE. PENA DEFINITIVA IGUAL A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. A quantidade e/ou natureza de drogas apreendidas constitui elemento idôneo para justificar a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 33, § 3º, do CP e em consonância com o entendimento desta Corte.

In casu, fixada a pena em 4 anos de reclusão, verificada a primariedade do paciente e as circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP), o regime semiaberto (o mais gravoso, segundo o quantum da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza, quantidade e variedade (cocaína, "crack" e "maconha") da droga apreendida, elencadas legalmente como circunstância preponderante.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 325.402/SP, Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 25/08/2016, grifou-se).

Diante do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0114670-7

AgRg no
HC 400.072 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00584817820158260050 12362015 584817820158260050

EM MESA

JULGADO: 22/03/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARINA DIANA EGYDIO TEDESCHI JARDIM
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO SANTOS DE ARAUJO

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 : RODRIGO SANTOS DE ARAUJO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.