



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.213 - MS (2014/0236279-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
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 : DILTON DOS SANTOS PEREIRA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A jurisprudência deste eg. Superior Tribunal de Justiça entende que, não obstante o **quantum** da pena autorizar um regime prisional mais brando, tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal, revela-se adequada a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso, **ex vi** do art. 33, § 3º, do CP. (**Precedentes**).

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.213 - MS (2014/0236279-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em benefício de DAILTON DOS SANTOS PEREIRA, contra v. acórdão do eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi sentenciado como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei 11.343/06, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicial semiaberto.

Irresignado, o Ministério Público Estadual interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal **a quo** pleiteando a exasperação da pena-base acima do mínimo legal e a fixação do regime fechado. O eg. Tribunal de origem deu provimento ao recurso, aumentando a pena-base para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, em regime inicial fechado.

Eis a ementa do v. acórdão reprochado:

"TRÁFICO DE DROGAS - RECURSO ACUSATÓRIO - PRETENDIDA A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE EM PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - POSSIBILIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE SÃO PREJUDICIAIS AO APELADO - FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO - TESE ACOLHIDA - RECURSO PROVIDO.

1.No âmbito dos delitos penais previstos na Lei 11.343/06, o julgador, ao fixar a pena na primeira fase da dosimetria, deverá considerar, 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.

2.Não há bis in idem na consideração da natureza e da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação, da terceira fase da dosimetria, da causa de aumento de pena relacionada ao tráfico privilegiado.

3.A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente, por acentuar a reprovabilidade da conduta típica, deve interferir na fixação do regime inicial de prisão, a teor do § 3º do art. 33 Código Penal" (fl. 204).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dá o presente **mandamus**, no qual aduz o impetrante a violação do artigo 33, do Código Penal, porquanto o **quantum** da pena autorizaria a fixação do regime semiaberto.

Requer a alteração do regime inicial de cumprimento da pena do fechado para o semiaberto.

A liminar foi indeferida à fl. 191.

Informações prestadas às fls. 200-213.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 217-219, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.213 - MS (2014/0236279-2)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A jurisprudência deste eg. Superior Tribunal de Justiça entende que, não obstante o **quantum** da pena autorizar um regime prisional mais brando, tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revela-se adequada a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso, **ex vi** do art. 33, § 3º, do CP. (**Precedentes**).

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (**v.g.**: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (**v.g.**: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Na presente impetração busca-se a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena fixada em 6 anos de reclusão.

Argumenta o impetrante, em síntese, que *"a decisão do Eg. TJMS em alterar o regime de cumprimento de pena para o mais gravoso fere frontalmente o dispositivo*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do artigo 33 do Código Penal.

Como é cediço, é garantido a todo condenado com pena de reclusão superior a 04 anos e inferior a 08 anos, desde que não reincidente, cumpri-la, desde o início, em regime semiaberto, como se depreende pelo disposto no artigo 33, §2º, "b", do Código Penal" (fl. 3).

Aduz, ainda, que " a quantidade de droga apreendida foi utilizada para a não fixação do regime mais brando, ENSEJANDO EM BIS IN IDEM, eis que, como outrora mencionado, tal fundamentação já foi utilizada para exasperação da pena-base" (fl.5).

Da análise dos fundamentos que dão suporte ao v. acórdão objurgado, observa-se que o eg. Tribunal **a quo** valorou a natureza e a quantidade da droga apreendida (**47 Kg de maconha**) como fator apto a justificar a alteração da pena-base acima do mínimo legal e a fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Trago excerto do v. acórdão ora combatido, **verbis**:

"À luz do caso concreto, embora a quantidade de pena aplicada ao apelado (seis anos de reclusão) autorize a fixação do regime semiaberto, a teor do art.33, § 2º, "b", do Código Penal, deve ser esclarecido que o apelado ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que desautoriza a fixação do regime inicial semiaberto.

No caso dos autos, ganha potencial destaque, nessa análise, a elevada quantidade de entorpecente que foi apreendido em poder do apelado, ou seja, 47 Kg (quarenta e sete quilos). Com efeito, pelas circunstâncias do caso concreto, é notável que a droga apreendida seria destinada à mercancia, de modo que, se disseminada, levaria à dependência um indistinto número de pessoas, fazendo aumentar ainda mais e em proporções imensuráveis a problemática social que decorre do tráfico ilícito de drogas.

Por demais, não se pode olvidar da indiscutível capacidade deletéria da droga apreendida, capazes de gerar uma forte dependência química, com efeitos extremamente nocivos aos respectivos usuários que as consumirem" (fl. 183).

Da análise do trecho acima transcrito, observa-se que a fixação do regime fechado ocorreu nos termos do **art. 33, § 3º, do Código Penal**, em razão de as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP serem desfavoráveis, fixando-se a pena-base em **6**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos, ou seja, acima do mínimo legal.

Dessa forma, entendo que razão não assiste ao paciente, isso porque a jurisprudência desta eg. Corte Superior admite a fixação do regime prisional mais gravoso (fechado), ainda que o **quantum** da pena (6 anos) autorize a fixação de regime mais brando (semiaberto), nos casos em que a pena-base é fixada acima do mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Nesse sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. IMPROCEDÊNCIA. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. TESE DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA DO RÉU. GRAVIDADE CONCRETA DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. DESCABIMENTO. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. CABIMENTO DO REGIME INICIAL FECHADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

[...]

7. No caso, o Condenado é primário, mas a pena-base restou fixada acima do mínimo legal, ante a presença de circunstância judicial desfavorável. Assim, considerando o quantum de pena estabelecido, cabível o regime inicial fechado de acordo com as regras previstas no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Recurso ordinário desprovido" (RHC 43.239/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014 - grifei).

"RECURSO EM "HABEAS CORPUS". TRÁFICO DE DROGAS INTERNACIONAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. POSSE DE 1,63 KG DE COCAÍNA NA MALA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PEDIDO PARA SUBSTITUIR A PRISÃO CAUTELAR POR MEDIDA DIVERSA. INADEQUAÇÃO / INSUFICIÊNCIA. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES

1. A necessidade da segregação cautelar mantida na sentença condenatória se encontra fundamentada na participação do recorrente no tráfico internacional de entorpecentes, diante das circunstâncias da prisão e dos entorpecentes apreendidos (1,63 kg de cocaína) na mala, tudo a evidenciar dedicação à vida delituosa, alicerce suficiente para a motivação da garantia da ordem pública.

2. O Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é despiciendo o recorrente possuir condições pessoais favoráveis.

3. **É assente nas Cortes Superiores o entendimento de que, reconhecida circunstância judicial tida como negativa, hábil a elevar a pena-base além do mínimo legal (art. 42, do Estatuto Antidrogas c/c o art. 59, do CP), revela-se motivação capaz para estipular o regime inicial mais gravoso (art. 33, § 3º, do CP).**

4. Recurso em "habeas corpus" não provido" (RHC 37.637/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Moura Riberito, DJe de 30/5/2014 -grifei).

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES.

1. No caso concreto, a participação dos recorrentes em organização criminosa, evidencia a dedicação aos delitos da espécie, alicerce suficiente para a motivação da garantia da ordem pública, mantida na sentença condenatória.

2. O Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312 CPP), despiciendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis.

3. **É assente, nas Cortes Superiores, o entendimento de que reconhecido elemento judicial tido como negativo, capaz de elevar a pena-base além do mínimo legal, (art. 59 do CP), revela-se motivação capaz de estipular o regime inicial fechado (art. 33, § 3º, do CP).**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Recurso em Habeas corpus a que se nega provimento*"
(RHC 34.887/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Campos Marques** -
Desembargador convocado - DJe de 27/2/2013 - grifei).

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0236279-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 304.213 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00008452920138120014 00022128820138120001 22128820138120001 8452920138120014

EM MESA

JULGADO: 17/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

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 : DILTON DOS SANTOS PEREIRA

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

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.