



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 280.819 - MS (2013/0360268-7)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : ALESSANDRO DE SOUZA BATISTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : DESEMBARGADOR RELATOR DO MS
1402781-15.2014.8.12.0000 DOTRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. VIA INADEQUADA. NOVO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS CONSTANTES DOS AUTOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. É inadmissível o emprego do *habeas corpus* em substituição a recurso especialmente previsto no texto constitucional ou em substituição a revisão criminal (precedentes do STJ e do STF).
2. Esta Corte Superior de Justiça tem entendido que a natureza e a quantidade da droga apreendida (700 g de cocaína apresentada na forma de *crack*) constituem elementos idôneos a justificar a imposição do regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta.
3. Não existindo ilegalidade manifesta a ser reparada, é de rigor a manutenção da decisão agravada por seus próprios fundamentos.
4. Agravo regimental improvido.

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 Relator. As Sras. Ministras Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.
Brasília, 11 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 280.819 - MS (2013/0360268-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto pela Defensoria Pública da União em benefício de **Alessandro de Souza Batista**, contra decisão monocrática que não conheceu do presente *writ*, com a seguinte ementa (fl. 86):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA DO RECURSO ORDINÁRIO. NOVO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS CONSTANTES DOS AUTOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990. Atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. A fixação de regime prisional mais gravoso foi fundamentada de forma concreta e adequada com base na natureza e na quantidade da droga apreendida – 700 g de cocaína apresentada na forma de "crack" –, circunstâncias que evidenciam a elevada reprovabilidade da ação, bem como a periculosidade acentuada do paciente.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

Estas, as razões apresentadas no presente regimental (fl. 102):

[...] ainda que a Respeitável Sexta Turma do STJ, no julgamento do presente agravo regimental, confirme o entendimento do Nobre Ministro Relator em não conhecer o presente *habeas corpus*, por se tratar de substitutivo do recurso cabível, restará caracterizado o constrangimento ilegal no direito de locomoção do agravante, o que pode e deve ser sanado por meio do *habeas corpus* de ofício.

Isto porque, a r. decisão monocrática em apreço, **contraria o próprio entendimento sumulado nesse C. STJ - Súmula 440, bem como no C. STF, súmulas 718 e 719**, uma vez que resta consolidada pela jurisprudência a orientação no sentido de que não pode ser fixado regime mais gravoso do que é cabível em razão da sanção aplicada com base na gravidade abstrata



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do crime.

De outro lado, ao ter sido reconhecido que o ora Agravante é primário, de bons antecedentes, que não se dedica as atividades criminosas nem integra organização criminosa, deveria ter sido fixado o regime aberto, bem como substituída a pena por restritiva de direitos, uma vez que a justificativa apresentada pelo sr. Ministro relator de que levou em conta a natureza da droga para manter o regime fechado não procede, já que não se trata de nenhuma das hipóteses legais que permitem a fixação de regime mais rigoroso, bem como representa verdadeiro *BIS IN IDEM*, já que foi levado em conta pelo julgado para a fixação da pena.

Logo, não se deve concordar com o regime fixado na sentença e mantido no acórdão.

[...]

E este, o pedido (fl. 103):

[...]

- 1) reconsideração da decisão monocrática;
- 2) caso contrário, a remessa deste agravo interno para a competente Turma, para que seja reformada a decisão monocrática, julgando procedente o *Habeas Corpus* interposto, aplicando-se, no presente caso, os dispositivos da lei;

[...]

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 280.819 - MS (2013/0360268-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Ao não conhecer do *habeas corpus*, disse eu o seguinte (fls. 88/91):

[...]

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

Verificada a hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso próprio, imperioso o não conhecimento da impetração, impondo-se ressaltar que, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada impede que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal.

No caso que se apresenta, pretende-se a fixação do regime prisional inicial aberto ao paciente Alessandro de Souza Batista, condenado à pena total de 3 anos e 3 meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

O inconformismo não merece prosperar.

A matéria foi corretamente analisada no judicioso parecer do eminente Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos, que ora transcrevo e adoto como razão de decidir (fls. 82/84 – grifo nosso):

[...]

No caso concreto, o resgate do cumprimento da pena no regime carcerário mais severo foi confirmado pelo Tribunal de Justiça, em razão da quantidade e natureza da droga apreendida com o ora paciente, nestes termos (fl. 43):

"De outro lado, preservo o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade. De fato, o réu não é reincidente e a respectiva pena foi ajustada em patamar inferior a 04 anos. Contudo, pesa contra o mesmo a acentuada gravidade concreta do delito perpetrado, decorrente da natureza e grande quantidade concreta do delito perpetrado, decorrente da natureza e grande quantidade de substância entorpecente transportada. Referida circunstância desaconselha a fixação de regime prisional mais brando".

Com efeito, embora o recorrente seja primário, sua pena seja inferior a 4 anos, todas as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis, entendemos que o regime fechado é mesmo o necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, em razão da natureza e da quantidade de droga (**700 gramas de cocaína**), forte no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

A propósito, em caso parecido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesma linha do entendimento firmado no acórdão impugnado, nestes termos:

"**HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. **1.** REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. **2.** SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. **3.** ORDEM DENEGADA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar recentemente o **Habeas Corpus** n. 111.840, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, o qual determina que a sanção segregatória pela prática do delito de tráfico seria cumprida em regime inicial fechado.

2. O certo é, então, que a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de delitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos no parágrafo 2º do art. 33 do Diploma Repressivo.

3. No caso, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 anos - diga-se, 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão -, considerando a natureza, a quantidade e a variedade de drogas apreendidas em poder do ora paciente - 28,75g (vinte e oito gramas e setenta e cinco centigramas) de cocaína, distribuídos em 35 (trinca e cinco) porções, e 2,88g (dois gramas e oitenta e oito centigramas) de crack, distribuídos em 60 (sessenta) pedras -, o regime mais adequado à espécie é o fechado.

4. Pelos mesmos fundamentos, não se considera socialmente recomendável a substituição da reprimenda privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. Ressalte-se, por derradeiro, que o paciente já foi beneficiado com a aplicação da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 no seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), o que sequer poderia ter ocorrido diante do esboço fático dos autos, em obediência ao disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

6. Habeas corpus denegado". (HC 232.869-RJ, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 09/10/2012)"
[Destacamos]
[...]

De fato, a meu ver, não há como fugirmos das conclusões do *Parquet*. As instâncias ordinárias entenderam ser cabível regime prisional mais gravoso – fechado –, fundadas nas circunstâncias concretas e elementos individualizados (*natureza e quantidade da droga apreendida - 700 gramas de cocaína apresentada na forma de "CRACK" – fl. 27*), aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, em perfeita harmonia com o entendimento firmado nesta Corte Superior (HC n. 221.761/SP, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 14/6/2013 e HC n. 216.402/ES, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 16/12/2013).

Com efeito, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sempre fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. Logo, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que ocorreu no caso em apreço.

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

Reafirmo o que disse. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos, para além da pena ter sido fixada em 3 anos e 3 meses de reclusão, a substituição do regime prisional não se mostra adequada, tendo em vista a **natureza** e a **quantidade** da droga apreendida em poder do ora paciente, a saber, **700 g de cocaína apresentada na forma de crack**, entorpecente de altíssimo poder alucinógeno e viciante.

Não destoia desse entendimento a jurisprudência desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, EM PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. CABIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (3,190 KG DE PASTA-BASE DE COCAÍNA). ILEGALIDADE INEXISTENTE.

1. Não é cabível a utilização do *habeas corpus* como substitutivo do recurso adequado. Precedentes.

2. A partir da interpretação das disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há nenhum constrangimento ilegal no ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de diminuição de pena, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, especialmente a natureza e a quantidade de droga apreendida (3,190 kg de pasta- base de cocaína - fl. 58), o que justifica uma maior reprimenda penal e impede, por sua vez, a aplicação da fração de 2/3, como pretendido.

3. É possível a fixação de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, levando-se em consideração a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 240.751/ES, da minha Relatoria, Sexta Turma, DJe 1º/8/2013 – grifo nosso)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. (I) - ALTERAÇÃO DO PATAMAR. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (II) - *BIS IN IDEM* - INEXISTÊNCIA. AFRONTA AO ART. 33, § 2º, "B", DO CPP. FIXAÇÃO DE REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIVERSO DO FECHADO. (I) - ACÓRDÃO ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS ELES. SÚMULA 283/STF. (II) - IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não pode esta Corte Superior, que não constitui instância revisora, proceder à alteração da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, sem revolver o acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é uniforme no sentido de que não ocorre *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para a fixação da pena-base e também do patamar da causa especial de diminuição de pena, com a utilização de um mesmo parâmetro de referência, mas em momentos distintos e com finalidades diversas, visando à fixação de reprimenda proporcionalmente suficiente à reprovação e prevenção do delito, diante das circunstâncias em que perpetrado.

3. Verificando-se que o v. acórdão recorrido assentou seu entendimento em mais de um fundamento suficiente para manter o julgado, enquanto o recurso especial não abrangeu todos eles, aplica-se, na espécie, a Súmula 283/STF.

4. Nos termos da jurisprudência pacífica deste Tribunal, ainda que o *quantum* de pena seja inferior a 8 (oito) anos de reclusão, em virtude da natureza e quantidade da droga apreendida (5.310g de *crack*), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena reclusiva em regime menos rigoroso que o fechado. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste STJ.

5. A ausência de indicação do dispositivo violado enseja a aplicação do enunciado nº 284 da Súmula do Pretório Excelso, pois caracteriza deficiência na fundamentação, o que dificulta a compreensão da controvérsia.

6. A não observância dos requisitos do artigo 255, parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, torna inadmissível o conhecimento do recurso com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 407.116/PR, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 12/12/2013 – grifo nosso)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0360268-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 280.819 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00008273720138120019 00008373720138120019 00012447720128120019
12447720128120019 8273720138120019 8373720138120019

EM MESA

JULGADO: 11/03/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

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 : ALESSANDRO DE SOUZA BATISTA

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 : ALESSANDRO DE SOUZA BATISTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
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.

As Sras. Ministras Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.