



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.342 - RJ (2015/0309671-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
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 : RODRIGO NEVES CAMPOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. IMPOSSIBILIDADE. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO DO FECHADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA APTA A JUSTIFICAR O MODO MAIS GRAVOSO. FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e sem antecedentes criminais, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso (Súmula 440/STJ).

2. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

3. Ademais, diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 11.464/2007, que estabelecia o modo inicial fechado em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

4. No caso dos autos, conquanto a autoridade apontada como coatora tenha fixado a reprimenda do acusado em 5 (cinco) anos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 10 (dez) meses de reclusão, estabeleceu o modo fechado para o resgate da reprimenda sem qualquer fundamentação concreta, baseando-se apenas na hediondez e na gravidade abstrata do crime, o que revela o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o paciente no ponto.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto.

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, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.342 - RJ (2015/0309671-2)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI

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 : RODRIGO NEVES CAMPOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de RODRIGO NEVES CAMPOS contra acórdão proferido pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento à Apelação n. 0018142-33.2014.8.19.0042, mantendo a sentença que o condenou à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso III, ambos Lei n. 11.343/06.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a Corte estadual teria mantido o modo prisional fechado com fundamento na gravidade abstrata do delito e, tendo em vista a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais, o regime inicial deveria ser abrandado para o semiaberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal e com os Enunciados Sumulares 719 da Suprema Corte e 440/STJ.

Requer a concessão da ordem constitucional para que o modo prisional seja alterado para o semiaberto.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.342 - RJ (2015/0309671-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, porque:

"Na tarde de 27 de Junho de 2014, por volta das 17:00 horas, na rodovia BR-040, Duques, nesta comarca, o denunciado, agindo de forma livre e consciente, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, trazia consigo e transportava, em transporte público, para fins de tráfico, 252,0 g (duzentos e cinquenta e dois gramas) da substância entorpecente denominada cloridrato de cocaína, distribuídos em 365 (trezentos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sessenta e cinco) "sacolé" plásticos contendo etiqueta com a inscrição "PANCADÃO" "R\$5,00", além de 40,0 g (quarenta gramas) da substância entorpecente denominada Cannabis sativa, popularmente conhecida como "maconha", na forma de 02 (dois) tabletes envoltos em plástico filme contendo etiqueta com a inscrição "CRIPTONITA DO ACARI MACONHA DE (R\$30,00)", tudo conforme laudo prévio de exame em material entorpecente de fl. 04 e auto de apreensão de fl. 15." (e-STJ fls. 10-11)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de Apelação perante a Corte de origem, a qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório.

No que se refere ao pleito de mitigação do regime prisional, verifica-se que o Colegiado impetrado manteve o modo fechado sob o seguinte fundamento, *verbis*:

"Quanto ao regime prisional, nada há que ser modificado, uma vez que o regime inicial fechado é o mais adequado aos objetivos repressivo/preventivo da pena. Acrescente-se que o crime de tráfico de drogas praticado pelo réu é classificado como hediondo e afeta de forma significativa a ordem social, o que justifica a imposição de regime prisional severo." (e-STJ fls. 39-40).

Da leitura do excerto acima transcrito, verifica-se que o fundamento apresentado pelo Tribunal estadual para manter o regime inicial fechado revela-se inidôneo, porquanto se refere à gravidade abstrata do delito e a elementos do próprio tipo penal e, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação de sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a saber:

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.

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, respectivamente:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Ressalta-se que esse também é o entendimento da doutrina majoritária, coincidente com a ensinança do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Código Penal Comentado*:

Pensamos ser muito difícil para o magistrado separar completamente os requisitos do art. 59 em duas fases distintas, conseguindo argumentos suficientes para dar pena mínima, ao mesmo tempo em que extrai outros para estabelecer regime mais severo. Afinal, se o crime é grave - não pela simples descrição típica, mas pelos aspectos fáticos que envolve -, a pena não deveria situar-se no mínimo, atendendo-se ao disposto nos elementos 'circunstâncias e conseqüências do crime', previstos no art. 59.

[...]

Logo, se o réu recebeu pena mínima, porque todas as circunstâncias judiciais eram favoráveis, o fato de ter cometido delito considerado abstratamente grave não é motivo para colocá-lo em regime mais severo.

[...]

*Em síntese: recebendo pena no mínimo, a regra é que o regime seja, também, o mais favorável. Elevando-se a pena acima do piso, é lógico que o magistrado possa estabelecer regime mais rigoroso. Em situações excepcionais, poder-se-ia admitir a pena no mínimo e regime mais severo. Concluindo, o mais importante nesse cenário é a fundamentação da decisão, seja no tocante à fixação do **quantum** da pena privativa de liberdade, seja no que concerne à escolha do regime. (7ª edição, 2007, pp. 298 e 299, Editora Revista dos Tribunais).*

Ademais, deve se observar que a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 pela Lei n. 11.464/07 que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27-6-2012, por se entender que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33 e seus parágrafos, do Código Penal.

Assim, na hipótese, embora o Tribunal de origem tenha referendado a reprimenda em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, manteve o modo mais gravoso para o resgate da reprimenda, sem qualquer fundamentação concreta, arrimando-se apenas na hediondez e na gravidade abstrata do ilícito, o que revela o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o paciente.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

4. 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.

5. Considerando a quantidade de pena imposta (5 anos), a primariedade da condenada e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

(HC 320.278/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015)

Nessa linha, manifestou-se o Ministério Público Federal, *in verbis*:

"3. Nota-se que a pena-base do delito de tráfico de drogas foi fixada no mínimo legal. Determinou-se, contudo, o regime inicial fechado para o cumprimento das reprimendas, levando em conta apenas a gravidade abstrata do delito.

4. Tal proceder configura constrangimento ilegal, por afrontar a jurisprudência pacificada dessa Corte Superior e expressa na Súmula nº 440 do STJ, que reza: "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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Dessa forma, à luz do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, é cabível, no caso concreto, a fixação de regime inicial semiaberto." (e-STJ fl. 100)

Desse modo, não havendo motivação a justificar a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista a primariedade do paciente, bons antecedentes e a favorabilidade das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, imperiosa a sua modificação para o semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea *b* do Código Penal.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, **a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto**, mantido os demais termos do acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0309671-2

HC 344.342 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00181423320148190042 105032662014 181423320148190042

EM MESA

JULGADO: 07/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **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	: RODRIGO NEVES CAMPOS

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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