



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.808 - RJ (2017/0046852-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : THIAGO MARINS DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

– Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

– No caso, inexistente coação ilegal a ser sanada, pois, embora o montante da pena (5 anos e 10 meses de reclusão) comporte, a princípio, o regime inicial semiaberto, o fato de a pena-base ter sido estabelecida acima do mínimo legal, com lastro na presença de antecedentes criminais, demonstra a necessidade do regime mais gravoso, ante a gravidade concreta do delito, nos termos do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.808 - RJ (2017/0046852-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : THIAGO MARINS DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de THIAGO MARINS DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0005022-70.2015.8.19.0014).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais multa, ante a prática do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, incidente, ainda, a causa de aumento descrita do art. 40, III, do mesmo diploma (fls. 9/15).

Irresignada, a defesa apelou, havendo a Corte local negado provimento ao recurso e mantido íntegra a condenação (fls. 36/57).

No presente *writ*, sustenta a defesa, em suma, a ilegalidade do regime prisional fixado no acórdão impugnado, porque estabelecido com base apenas na gravidade abstrata do delito, que não constitui fundamentação idônea para a imposição de regime mais rigoroso, contrariando o enunciado da Súmula 718/STF.

Acrescenta que "apenas 1 (uma) das 8 (oito) circunstâncias judiciais foram consideradas desfavoráveis ao ora Paciente. [...] Assim é que, dentro do sopesamento das circunstâncias judiciais, para fins de aferição da regra do art. 33, § 3º, do CP, a esmagadora maioria das circunstâncias judiciais é favorável ao ora Paciente, motivo pelo qual a utilização da referida norma para recrudescer o regime inicial de cumprimento de pena constitui uma determinação judicial despida de fundamentação idônea" (fl. 4).

Requer, assim, a concessão da ordem, com a modificação do regime prisional para o inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 65/71.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* (fls. 75/78).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.808 - RJ (2017/0046852-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa o abrandamento do regime de cumprimento de pena em favor do paciente.

Em relação ao regime prisional, sabe-se que 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.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

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 aplicada.

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

No caso, o sentenciante estabeleceu a pena-base em 6 anos de reclusão, acima, portanto, do mínimo legal, com lastro nos maus antecedentes do acusado. Na segunda fase, presente a confissão, a pena corporal foi reduzida para 5 anos de reclusão. Por fim, reconhecida a causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, aumentou-se a pena em 1/6, a qual atingiu o montante definitivo de 5 anos e 10 meses de reclusão. Na ocasião, o regime fechado foi estabelecido ante a presença dos maus antecedentes (fl. 15).

O acórdão recorrido, por sua vez, manteve o regime mais gravoso nos seguintes moldes (fls. 54/55):

O regime mais rigoroso se mostra mais adequado, de acordo com o que preceituam os art. 33, 3º, do Código Penal, considerando-se as circunstâncias judiciais desfavoráveis devidamente reconhecidas.

Depreende-se da leitura da sentença que foram bem sopesados os critérios previstos nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e art. 59 do Código Penal, que motivaram uma avaliação negativa e contribuíram para a imposição do regime fechado.

Em virtude da discricionariedade conferida ao julgador, foram consideradas as particularidades do caso sempre alerta para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dosar o quantum de restrição a ser imposta e a fixação do regime.

Assim é que, os delitos de tráfico, dada a dimensão do bem jurídico atingido e a intensidade da repulsa causada à sociedade, sendo, inclusive, considerado um de seus maiores flagelos, mereceram do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legislador tratamento penal mais rigoroso em face do intenso abalo social causado por condutas dessa natureza.

O regime fechado melhor atenderá a finalidade da pena, cujos aspectos repressivos e preventivos ficariam sem efeito na hipótese de um regime mais brando, ante a possibilidade de o apelante não ser suficientemente intimidado a não mais delinquir.

Não há que se cogitar do afastamento do regime inicial fechado que se encontra justificado não apenas pela gravidade objetiva do delito, equiparado a hediondo, como também pelas circunstâncias fáticas do caso concreto.

Deste modo, mantém-se o regime fechado estabelecido na sentença para o início de cumprimento da reprimenda, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal.

Pela leitura do excerto acima transcrito, infere-se que o Tribunal local conferiu legalidade na fixação do regime mais gravoso, ao destacar a presença de circunstância judicial desfavorável, qual seja, os maus antecedentes, que, inclusive, justificou o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal.

Assim, embora o montante da pena (5 anos e 10 meses de reclusão) comporte, a princípio, o regime semiaberto, o fato de a pena-base ter sido estabelecida acima do mínimo legal, com lastro na presença de antecedentes criminais, demonstra a necessidade do regime mais gravoso, ante a gravidade concreta do delito, nos termos do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM NÃO VERIFICADO. CONDENAÇÕES DISTINTAS. FRAÇÃO DE 1/6. PATAMAR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU REINCIDENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. O STJ firmou entendimento de que a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes e, ainda, para exasperar a pena, em razão da agravante da reincidência, não caracteriza bis in idem, desde que as sopesadas na primeira fase sejam distintas da valorada na segunda. Precedentes.

4. Hipótese em que, nos termos do art. 59 do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, as instâncias ordinárias fixaram a pena-base no patamar de 6 anos, considerando como desfavoráveis os maus antecedentes do paciente, em razão de condenação anterior transitada em julgado, distinta da valorada na segunda etapa, e a quantidade da droga apreendida - 24 invólucros de maconha (37,5g) e 1 tablete de maconha (508g) -, o que não se mostra desproporcional.

5. O agravamento da sanção no patamar de 1/6 pelo reconhecimento da agravante de reincidência mostra-se razoável e proporcional.

6. Estabelecida a pena definitiva em 7 anos de reclusão, o regime inicial fechado (mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para prevenção e reprovação do delito, tendo em vista a reincidência do paciente e a análise desfavorável das circunstâncias judiciais, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c.c. o art. 59, ambos do CP, e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 369.843/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 6 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAU ANTECEDENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INTELIGÊNCIA DO ART. 59 DO CP. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRESENÇA DE ANTECEDENTE CRIMINAL QUE EMBASA A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEGAL. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

INVIABILIDADE. PENA CORPORAL SUPERIOR A 4 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado na primeira fase da dosimetria, uma vez que é proporcional o afastamento da pena-base em apenas 1 ano acima do mínimo legal, com lastro nos maus antecedentes do paciente, argumento válido para tal fim, pois em consonância ao 59 do CP.

(...)

- Apesar de o montante da sanção comportar o regime inicial semiaberto, a necessidade do regime mais gravoso baseia-se na presença de mau antecedente, o qual, inclusive, justificou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 33, §3º, do CP. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 324.940/PB, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 28/11/2016).

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte, **não conheço do habeas corpus**, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0046852-3

HC 390.808 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00050227020158190014 04832015 4832015 50227020158190014

EM MESA

JULGADO: 06/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **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	: THIAGO MARINS DA SILVA

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.