



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 397.694 - MS (2017/0095697-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : RENAN DE ARRUDA LOPES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE ELEVADA DA DROGA APREENDIDA, VALORADA POR OCASIÃO DA DOSIMETRIA DA PENA, QUE ENSEJA A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– 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.

– Na espécie, observa-se que, apesar da primariedade do paciente e de o montante da pena (5 anos de reclusão) comportar, em princípio, o regime inicial semiaberto, a necessidade do regime mais gravoso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encontra-se lastreada no art. 33, § 3º, do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela elevada quantidade do entorpecente apreendido (221 kg de maconha), elemento que, inclusive, foi valorado por ocasião da dosimetria da pena, justificando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não havendo, portanto, qualquer constrangimento ilegal a ser sanado *ex officio* por esta Corte. Precedentes.

– *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), 10 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 397.694 - MS (2017/0095697-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : RENAN DE ARRUDA LOPES (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RENAN DE ARRUDA LOPES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Embargos Infringentes n. 0002044-94.2015.8.12.0021/50000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 359/369).

Irresignadas, as partes interpuseram recursos de apelação, havendo a Corte local negado provimento, sendo que o julgamento do apelo defensivo deu-se por maioria de votos (fls. 476/489).

A impetrante narra que opôs embargos infringentes sobre a parte não unânime do julgado, os quais foram acolhidos para reduzir a pena-base, razão pela qual a pena do paciente foi redimensionada para 5 anos de reclusão e multa, mantido o regime inicial fechado.

No presente *mandamus* (fls. 1/7), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve o regime inicial fechado sem fundamentação idônea. Afirma que o paciente é primário e a pena aplicada não excede 4 anos de reclusão, razão pela qual faz jus ao regime inicial semiaberto.

Ao final, formula pedido liminar para que os efeitos do acórdão impugnado sejam suspensos e, no mérito, pede a concessão da ordem para que o regime prisional seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alterado para inicial semiaberto.

Pedido liminar indeferido (fls. 525/526).

Informações prestadas às fls. 534/636, 639/645 e 647/679.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 681/686).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 397.694 - MS (2017/0095697-4)

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-se a fixação de regime mais brando em favor do paciente.

Quanto ao regime prisional, sabe-se que 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos 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 n. 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 voto condutor dos embargos infringentes (*obtido em acesso junto ao site do Tribunal de origem - www.tjms.jus.br*) redimensionou as penas do paciente para 5 anos de reclusão e manteve o regime inicial fechado, com lastro na seguinte fundamentação:

No caso em tela, ao fixar a pena-base do Embargante em 10 (dez) anos de reclusão e pagamento de 1000 (mil) o sentenciante considerou desfavorável quantidade da droga.

Os critérios do art. 42 da Lei 11.343/06 foram mantidos para justificar o aumento da pena na primeira fase da dosimetria, então, o Revisor (em voto vencido) majorou a pena-base para 06 (seis) anos e 600 (seiscentos) dias-multa e o Relator (em voto vencedor) manteve o aumento da sentença e, em razão de tal divergência, incide o pedido deste embargos.

Certo é que as sanções devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No processo de individualização da pena, o magistrado, de maneira fundamentada, fixa qual a reprimenda que entende ser adequada e suficiente para o cumprimento das finalidades retributiva e preventiva da sanção penal.

Para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, especialmente visando à prevenção e à repressão do delito praticado, o julgador, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores indicativos relacionados no "caput" do art. 59 do Código Penal, e, em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto nas circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

No que tange ao "quantum" do aumento, entendo que o julgador dispõe de plena liberdade para fixá-lo, desde que sejam sopesadas as peculiaridades do caso concreto e obedecido o princípio da proporcionalidade.

Na hipótese em apreço, foram apreendidos em poder do Embargante expressivos 211 kg (duzentos e onze quilos) de maconha, o que realmente exige uma resposta penal mais gravosa, até porque, a quantidade de droga, pode (e deve) ser tomada como parâmetro para definir o "quantum" da pena-base.

(...)

O "quantum" do aumento realmente merece reparo, eis que, a exasperação da pena-base em 05 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa mostra-se excessivo.

O princípio da proporcionalidade tem o objetivo de coibir excessos desarrazoados por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da pena, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas.

Assim, faz-se necessário um equilíbrio na fixação das penas, evitando o rigor excessivo ou o abrandamento desmedido que a torne ineficaz para os fins a que se destina.

Então, observando o princípio da proporcionalidade e tendo em conta o bem juridicamente tutelado, mostra-se adequada à reprovação e prevenção do crime o aumento da pena-base em 01 (um) ano de reclusão e 100 (cem) dias-multa, tal como feita no voto vencido do apelo.

Em razão do reconhecimento da atenuante da confissão, a pena intermediária, assim como a definitiva, deve ser fixada em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

E, embora o "quantum" da pena fixada permita o início do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento em regime mais brando, mantenho o regime fechado para início da execução da pena, por assim recomendar a situação concreta dos autos, haja vista o disposto no art. 42, da Lei 11343/2006.

Em suma, em que pesem os argumentos expostos no voto vencedor, entendo que merece prevalecer a conclusão do voto vencido proferido pelo Ilustre Revisor do apelo.

Da leitura do excerto acima transcrito, observa-se que, apesar da primariedade do paciente e de o montante da pena (5 anos de reclusão) comportar, em princípio, o regime inicial semiaberto, a necessidade do regime mais gravoso encontra-se lastreada no art. 33, § 3º, do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela elevada quantidade do entorpecente apreendido (221 kg de maconha), elemento que, inclusive, foi valorado por ocasião da dosimetria da pena, justificando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, estando o acórdão recorrido, portanto, alinhado à jurisprudência desta Corte, que destaco:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A elevada quantidade de drogas apreendidas - 2.774,0 g de cocaína - justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Não há violação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois foram apontados elementos concretos que indicam a integração da agravante em organização criminosa, estruturada especialmente para o narcotráfico.

3. Para afastar a conclusão de que a agravante não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

4. Embora, na terceira fase da dosimetria, o Tribunal de origem haja feito breve menção à quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas, não há falar em bis in idem, porquanto foram apontados diversos outros elementos que evidenciam a integração da agravante em organização criminosa e, por conseguinte,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impedem a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. Não obstante a recorrente haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal), os elementos que evidenciaram a sua integração em organização criminosa, bem como a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas em contexto de tráfico transnacional, justificam, a toda evidência, a necessidade de fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 869.365/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017) - grifei.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal a quo utilizou fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o acusado dedica-se à atividade criminosa, ante a quantidade e a natureza da droga apreendida (1,0696 Kg de maconha e 190,3g de cocaína), bem como pelo fato de o acusado participar de uma atividade criminosa estruturada, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. A quantidade e a natureza da droga apreendida, embora utilizadas na primeira fase para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal, não foram usadas para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como elemento de convicção de que o autor do delito se dedica a atividades criminosas.

3. Em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva maior que 4 e menor que 8 anos (5 anos de reclusão), sendo primário o recorrente e sem antecedentes, a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido (1,0696 Kg de maconha e 190,3g de cocaína) justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1677795/SP, Rel. deste Relator QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 01/09/2017) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2017/0095697-4

HC 397.694 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001955120168120054 00020449420158120021 1955120168120054 20449420158120021

EM MESA

JULGADO: 10/10/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: RENAN DE ARRUDA LOPES (PRESO)

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.