



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.965 - SC (2015/0314248-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ARCELINO MACHADO JUNIOR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. APENADO REINCENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "B", DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Firmou-se nesta Corte a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

3. Conforme inteligência do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, em hipóteses de condenação a pena de reclusão superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, a fixação do regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda condiciona-se à ausência de reincidência do apenado. Desse modo, cuidando-se de réu reincidente, reputa-se idônea a fixação de regime fechado para cumprimento inicial da pena de reclusão, ainda que imposta reprimenda inferior a 8 (oito) anos de segregação.

– *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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 14 de junho de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.965 - SC (2015/0314248-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ARCELINO MACHADO JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de ARCELINO MACHADO JUNIOR contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n. 2015.053428-4).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33 da Lei n. 11.343/06 (tráfico ilícito de entorpecentes), às penas de 5 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, desprovida pelo Tribunal de origem em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS FIRMES E COERENTES NO SENTIDO DE QUE O ACUSADO FOI FLAGRADO DISPENSANDO A DROGA, O QUE INCLUSIVE FOI CONFIRMADO POR UMA TESTEMUNHA. INFORMAÇÕES NO SENTIDO DE QUE ELE OPERAVA HÁ TEMPO NO TRÁFICO. APREENSÃO DE DINHEIRO. FRACIONAMENTO DO ENTORPECENTE. TRÁFICO CARACTERIZADO. INVIABILIDADE DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

PEDIDO DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS EXIGIDOS PELA NORMA. REGISTRO DE CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. PLEITO NÃO ACOLHIDO.

PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME. NÃO PROVIMENTO. ACUSADO REINCENTE EM CRIME DOLOSO. PENA DE CINCO ANOS E TRÊS MESES DE RECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO QUE O FECHADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, S, DO CÓDIGO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (fls. 185).

No presente *writ*, a impetrante alega constrangimento ilegal pela fixação do regime inicial fechado sem fundamentação idônea para tanto. Afirma que a reincidência não pode obstar a fixação do regime semiaberto, invocando o Enunciado n. 719 do Supremo Tribunal Federal.

Pleiteia, em liminar e no mérito, a fixação do regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido em decisão de fls. 199/200.

Informações prestadas às fls. 212/233 e 245/247.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 260/268).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.965 - SC (2015/0314248-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Assim, passo a analisar as alegações trazidas pela impetrante, ante a possibilidade da existência de alguma flagrante ilegalidade que justifique a concessão de ordem de ofício.

No caso, a defesa pretende que seja fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda, em razão da ausência de fundamentação idônea para o estabelecimento de regime mais gravoso que o previsto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

É certo que a Jurisprudência desta Corte Superior, nos termos da Súmula n. 440/STJ, tem entendido que, fixada a pena-base no mínimo legal, a simples gravidade abstrata do crime de roubo não constitui motivação idônea para justificar a imposição do regime prisional fechado.

Entende-se, ainda, que é necessária a fundamentação concreta para justificar o regime prisional mais gravoso, sendo inidônea a argumentação com base apenas na gravidade abstrata do delito. No mesmo sentido, são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Todavia, no caso dos autos, embora a reprimenda tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado foi fixado não apenas com base no montante de pena aplicado, mas também no fato de se tratar de paciente reincidente e em observância ao disposto no art. 33 do Código Penal.

O Tribunal de Justiça estadual, ao manter o decreto condenatório, fundamentou a fixação do regime mais gravoso nos seguintes termos:

A defesa também pretende a fixação de regime menos gravoso que o fixado na sentença - fechado.

Razão também não lhe assiste.

Isso porque, embora a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) e 3 (três) meses de reclusão, o acusado possui a condição de reincidente em crime doloso (fls. 31-37), pelo que, a teor da regra do art. 33, § 2º, 6, do Código Penal, deve ser mantido o regime fechado.

[...]

Desse modo, as circunstâncias fáticas ensejadoras do regime mais gravoso foram bem sopesadas pelas instâncias ordinárias, que, baseadas no *quantum* de pena aplicado **e no fato de se tratar de paciente reincidente**, entenderam não ser o caso de incidência da Súmula n. 440 do Superior Tribunal de Justiça, tampouco dos Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

No mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO
CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL
JULGADA. TRÂNSITO EM JULGADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE
REVISÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. NULIDADE.
EXAME DE SANIDADE MENTAL. FUNDAMENTAÇÃO. SUSPENSÃO
DO FEITO. NÃO OCORRÊNCIA. IRRESIGNAÇÕES NÃO
APRECIADAS NAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE
INSTÂNCIA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. AUDIÊNCIA
DE INSTRUÇÃO. DEFENSOR CONSTITUÍDO AUSENTE. IMPUTADO
ASSISTIDO POR DEFENSOR AD HOC. ALEGAÇÕES FINAIS
APRESENTADAS PELA DEFENSORIA PÚBLICA. CONCORDÂNCIA
DA DEFESA TÉCNICA. ALEGAÇÕES FINAIS APRESENTADAS.
SENTENÇA PROLATADA. SUBSEQUENTE INSURGÊNCIA NAS
RAZÕES DO APELO. INDEVIDA. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO.
ESCORREITO TRÂMITE PROCESSUAL. INCIDÊNCIA. PREJUÍZO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCRETO. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA: PROIBIÇÃO DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A OITO ANOS. RÉU REINCENTE. REGIME INICIAL FECHADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. Os pleitos de reconhecimento da fundamentação inidônea para a submissão do acusado ao exame de sanidade mental e da ausência da suspensão do feito, nos termos do artigo 149, § 2.º, do Código de Processo Penal, não foram examinados pelo Tribunal de origem, eis que apenas suscitados em sede de aclaratórios, não podendo, assim, serem apreciadas as matérias por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

3. De se notar que o defensor constituído não se insurgiu contra a feitura do exame de sanidade mental, a não suspensão do feito, nem mesmo contra a antecipação da colheita probatória.

4. Não há falar em nulidade ante a produção antecipada de provas, pois na audiência de instrução, designado defensor ad hoc para o ato processual em virtude da ausência do advogado primevo, nada se mencionou sobre pechas no feito, igual posicionamento adotado pela Defensoria Pública ao atuar no processo e ofertar as alegações finais, bem como ao subscrever o seu aceite ao laudo pericial acostado aos autos, não demonstrando o defensor público qualquer desdouro com o trâmite da instrução criminal até a prolação da sentença condenatória.

5. Somente nas razões do recurso de apelação a quaestio acerca da produção antecipada de provas foi suscitada, em passant, sendo que as insurgências sobre o exame de sanidade mental e a não observância ao artigo 149, § 2.º, do Código de Processo Penal apenas foram vertidas no bojo dos aclaratórios.

6. Sobressai, portanto, o escorreito trâmite processual, com o exercício da defesa do réu, norteados pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo o increpado satisfatoriamente assistido durante a instrução pelos defensores atuantes no processo, os quais inclusive compareceram às audiências e apresentaram as peças processuais, pugnando pela absolvição do réu ou o acolhimento de outras teses defensivas.

7. Ademais, não se logrou êxito na comprovação do prejuízo decorrente da antecipação probatória, tendo somente sido suscitada genericamente a matéria, sendo inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief.

8. A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do venire contra factum proprium (proibição de comportamentos contraditórios). Assim, diante de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

um comportamento sinuoso - anuindo com a produção probatória tal como feita e, após o édito condenatório, se manifestando contrariamente - não dado é reconhecer-se a nulidade.

9. Nos termos do art. 33 do Código Penal, estabelecida a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, eis que, não obstante a fixação da pena-base no patamar do mínimo legal, o réu é reincidente específico.

10. Habeas corpus não conhecido.

(HC 250.990/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 18/08/2014).

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. APREENSÃO E CONSEQUENTE PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA PARA ATESTAR O SEU EFETIVO EMPREGO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. PENA-BASE. REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. REITERAÇÃO DELITIVA. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento de serem dispensáveis a apreensão da arma e a realização de exame pericial para que incida o aumento na pena por uso de arma em roubo, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime.

3. É possível a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para a caracterização de maus antecedentes e de reincidência. Verificada a existência de condenações transitadas em julgado por fatos anteriores, não há ilegalidade na valoração negativa dos antecedentes.

4. O Superior Tribunal de Justiça entende que "condenações com trânsito em julgado, há mais de cinco anos, não ensejam reincidência, mas fundamentam maus antecedentes." (HC n. 172.565/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T, DJe 24.4.2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Não se pode utilizar a mesma circunstância (maus antecedentes) e distribuí-la para valorar três circunstâncias judiciais desfavoravelmente ao paciente (antecedentes, personalidade e conduta social), sob pena de incidir-se na vedação ao *bis in idem*.

6. Súmula n.º 443/STJ: "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."

7. O Superior Tribunal de Justiça entende que a gravidade abstrata do delito não é justificativa idônea para legitimar a fixação de regime prisional mais rigoroso do que o permitido por lei, nos termos da Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça: "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". Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, sumulado nos enunciados n.º 718 e n.º 719.

8. No caso concreto, o juiz de primeira instância - no que foi ratificado pela Corte de origem - fundamentou idoneamente a fixação do regime inicial fechado, visto que apontou circunstância concreta apta a indicar a maior reprovabilidade da conduta do paciente, qual seja, a reiteração delitiva e a reincidência.

9. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir em parte a pena-base do paciente, bem como para reduzir para **1/3** o aumento de pena procedido na terceira etapa da dosimetria, para tornar a reprimenda do paciente definitiva em **6 anos, 8 meses e 26 dias, mantido o regime fechado, mais 16 dias-multa.**

(HC 269.637/SP, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI, SEXTA TURMA, DJe 20/06/2014).

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0314248-0

HC 344.965 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00062376820158240038 20150534284 62376820158240038

EM MESA

JULGADO: 14/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

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 DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: ARCELINO MACHADO JUNIOR (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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.