



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 384.195 - RJ (2016/0337877-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : CLEVERSON SAMPAIO DE ALMEIDA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CONDUTA SOCIAL INADEQUADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA SEM DEFINITIVIDADE. OFENSA À SÚMULA 444/STJ. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM NÃO CONHECIDA. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça 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 existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (Súmula 444/STJ).
3. É manifestamente ilegal a fixação de regime inicial mais gravoso, do que o legalmente previsto segundo a sanção imposta, sem a indicação de fundamento idôneo, conforme sedimentado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.
4. Fixada a pena definitiva em 5 meses de reclusão, verificada a primariedade do paciente e a aferição favorável das circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena reclusiva, a teor do contido no art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base, tornando a sanção corporal definitiva em 5 anos de reclusão mais o pagamento de 500 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

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

Brasília (DF), 14 de março de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 384.195 - RJ (2016/0337877-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

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 : CLEVERSON SAMPAIO DE ALMEIDA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **CLEVERSON SAMPAIO DE ALMEIDA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 584 dias-multa pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa.

Nesta Corte, o impetrante alega manifesto constrangimento ilegal na dosimetria da pena, pois foi considerado condenação sem trânsito em julgado para majorar a pena-base, em manifesto confronto com o entendimento firmado na Súmula n. 444/STJ. Afirma, ainda, que o regime inicial fechado foi estabelecido sem fundamentação idônea, uma vez que foi destacada, apenas, a gravidade abstrata do delito.

Requer, assim, a redução da pena-base ao mínimo legal e a alteração do regime prisional para o semiaberto.

Liminar deferida para o paciente aguardar no regime semiaberto o julgamento deste *writ* (e-STJ, fls. 44-48).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício para se fixar o regime intermediário de cumprimento de pena (e-STJ, fls. 96-102).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 384.195 - RJ (2016/0337877-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : CLEVERSON SAMPAIO DE ALMEIDA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CONDUTA SOCIAL INADEQUADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA SEM DEFINITIVIDADE. OFENSA À SÚMULA 444/STJ. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM NÃO CONHECIDA. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça 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 existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (Súmula 444/STJ).
3. É manifestamente ilegal a fixação de regime inicial mais gravoso, do que o legalmente previsto segundo a sanção imposta, sem a indicação de fundamento idôneo, conforme sedimentado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.
4. Fixada a pena definitiva em 5 meses de reclusão, verificada a primariedade do paciente e a aferição favorável das circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena reclusiva, a teor do contido no art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base, tornando a sanção corporal definitiva em 5 anos de reclusão mais o pagamento de 500 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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 existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passo, assim, à análise das alegações da impetrante.

O Tribunal de origem manteve a dosimetria fixada na sentença condenatória pelos seguintes fundamentos:

Andou bem a D. Juíza sentenciante ao fixar a pena-base acima do mínimo legal considerando as condições desfavoráveis do ora apelante especialmente com relação **a uma condenação pelo delito de associação pra ao tráfico que embora esteja sem o trânsito em julgado denota uma pecha negativa em sua conduta social.**

É certo que circunstâncias judiciais desfavoráveis autorizam a exasperação da sanção, especialmente no que tange à personalidade e conduta social, consoante preceitua o art. 59 do Código Penal.

Ademais, não se pode dar tratamento igualitário para aquele que nunca se envolveu com qualquer ilícito e para quem faz do atuar criminoso um meio de vida, demonstrando, inclusive, ter má índole. Isto seria inconstitucional, por atingir o princípio da proporcionalidade.

Como se percebe, correta a sentença, estando devidamente fundamentada e justificada, não ferindo qualquer princípio constitucional de garantia. É certo que circunstâncias judiciais desfavoráveis autorizam a exasperação da sanção.

É de se concluir que, a Juíza *a quo* bem justificou a aplicação da reprimenda imposta ao apelante, sendo necessária e suficiente à reprovação do fato criminoso. (e-STJ, fl. 38 – grifo nosso).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista **apenas** nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Dentro do sistema trifásico adotado pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Tratando-se de condenado pelo delito de Tráfico de Drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga apreendida, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, segundo se verifica do excerto acima transcrito, é manifesta a ilegalidade imposta ao paciente, diante da consideração de condenação pendente de definitividade para o aumento da pena, na primeira fase.

Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, sedimentada na Súmula 444/STJ, é vedada e exasperação da pena-base, a título de maus antecedentes, conduta social inadequada ou personalidade desfavorável, tendo como fundamento processos em curso ou sentenças condenatórias sem o certificado do trânsito em julgado.

Portanto, sendo inidônea a valoração da sentença condenatória pendente de definitividade para a caracterização da conduta social negativa do agente, a pena-base deve ser redimensionada ao mínimo legal, uma vez que tal circunstância foi a única sopesada em desfavor do paciente, na etapa inicial do cálculo da pena.

A pena-base fica estabelecida em 5 anos de reclusão. Na fase seguinte, ausentes atenuantes/agravantes a serem reconhecidas, a pena intermediária permanece inalterada. Mantida afastada a minorante da Lei de Drogas e na falta de qualquer outra circunstância modificativa, a reprimenda resta definitiva em **5 anos de reclusão mais o pagamento de 500 dias-multa.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação ao pedido de alteração do regime prisional, assiste razão à impetrante.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crime hediondo e a ele equiparado não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, cuja norma determina a preponderância dos vetores referentes à natureza e à quantidade de drogas sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

Consigne-se, ainda, que, conforme entendimento cristalizado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, a fixação de regime mais gravoso, do que o legalmente previsto para a sanção imposta, exige fundamentação idônea e amparada em elementos concretos extraídos dos autos, **o que não ocorreu na hipótese em apreço**.

Desse modo, estabelecida a pena definitiva em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e a aferição favorável das circunstâncias judiciais, o **regime semiaberto** é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO A EVIDENCIAR QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO COM BASE NA GRAVIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO.

[...]

3. Declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 pelo Supremo Tribunal Federal, o Julgador, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram regime prisional mais gravoso em razão da gravidade do delito, o que impõe o reconhecimento do constrangimento ilegal invocado. Assim, considerada a quantidade de pena aplicada e fixada a pena-base no mínimo legal, em virtude da análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, deve ser concedida a ordem, de ofício, para que seja estabelecido o regime inicial semiaberto. (HC 367.143/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 25/10/2016)

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ANÁLISE DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNICO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

6. *In casu*, a imposição do regime mais gravoso (fechado) está apoiada na natureza hedionda do delito, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior (Nesse sentido: AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

7. Considerando a pena final imposta (5 anos de reclusão), o fato de o agente ser primário, e as circunstâncias judiciais lhe serem favoráveis, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, valendo anotar que não é excessiva a quantidade de droga apreendida com o paciente (11,9 gramas de maconha), o que reforça a inadequação da escolha do regime mais severo de cumprimento de pena e, por conseguinte, a manifesta ilegalidade imposta ao paciente.

(HC 363.414/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 26/10/2016).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para afastar a valoração negativa de processos em curso, na primeira fase da dosimetria, nos termos da Súmula n. 444/STJ, tornando a pena definitiva do paciente em 5 anos de reclusão mais o pagamento de 500 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0337877-8

HC 384.195 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00064917320148190213 64917320148190213

EM MESA

JULGADO: 14/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

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	: CLEVERSON SAMPAIO DE ALMEIDA

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

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