



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 387.955 - MS (2017/0027737-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **EDIVALDO CASTRO DE OLIVEIRA (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. MODO INTERMEDIÁRIO. ADEQUADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

2. Hipótese em que, embora a Corte de origem tenha se valido de fundamento idôneo na fixação do regime inicial fechado (quantidade e natureza da droga), o modo semiaberto (imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) se mostra suficiente para o cumprimento da pena de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, diante da aferição negativa das circunstâncias judiciais, e sobretudo quando trata-se de réu primário, nos termos dos arts. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do CP.

3. Agravo regimental não provido.

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

Brasília (DF), 21 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 387.955 - MS (2017/0027737-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **EDIVALDO CASTRO DE OLIVEIRA (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra decisão na qual não conheci do *writ*, mas concedi a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto ao cumprimento da sanção penal (e-STJ, fls. 382-385).

Alega o agravante, em síntese, que: a) não cabe *habeas corpus* substitutivo de recurso legalmente previsto para hipótese, impondo-se o não conhecimento do *writ*, salvo quando verificada flagrante ilegalidade, que não é o caso dos autos; b) a fixação do regime mais gravoso está devidamente fundamentada na quantidade e na natureza da droga apreendida (6,3Kg de cocaína), que inclusive justificaram a exasperação da pena-base em 2 anos.

Ao final, requer o não conhecimento do *writ*, mantendo-se o acórdão condenatório, que fixou o regime inicial fechado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 387.955 - MS (2017/0027737-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : EDIVALDO CASTRO DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. MODO INTERMEDIÁRIO. ADEQUADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

2. Hipótese em que, embora a Corte de origem tenha se valido de fundamento idôneo na fixação do regime inicial fechado (quantidade e natureza da droga), o modo semiaberto (imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) se mostra suficiente para o cumprimento da pena de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, diante da aferição negativa das circunstâncias judiciais, e sobretudo quando trata-se de réu primário, nos termos dos arts. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do CP.

3. Agravo regimental não provido.

VOTO

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

O agravo não merece prosperar.

A decisão recorrida, a seguir transcrita, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, porque está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **EDIVALDO CASTRO DE OLIVEIRA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 540 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, c/c o art. 40, III e V, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem, por maioria, deu parcial provimento ao apelo defensivo, a fim de decotar a causa de aumento do art. 40, III, ficando a reprimenda final em 4 anos e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 467 dias-multa, em regime inicial fechado.

Opostos embargos infringentes, lhes foi dado provimento para aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

máximo, redimensionado a pena para 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, mais pagamento de 311 dias-multa, em regime fechado.

Do *decisum*, a defesa opôs embargos de declaração, a fim de que a Corte de origem sanasse obscuridade acerca do regime inicial fixado.

Neste *writ*, insurge-se o impetrante contra o regime fixado, alegando que, tendo em vista o *quantum* da pena fixado, o delito não ter sido praticado com violência ou grave ameaça e tendo sido valorada negativamente apenas a quantidade e a natureza da droga apreendida, o regime semiaberto é o adequado à hipótese.

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão impugnado.

No mérito, pugna pela fixação do regime semiaberto.

É o relatório.

Decido.

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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

Da análise dos autos, verifica-se que o Tribunal *a quo* entendeu por fixar regime mais gravoso pelos seguintes fundamentos:

"Nos aclaratórios, EDIVALDO sustenta a existência de obscuridade no acórdão, eis que o voto condutor não teria definido claramente qual seria o regime inicial aplicado, porquanto o semiaberto também é cabível ao *quantum* de pena estabelecido.

Não há qualquer obscuridade no *decisum*. Observa-se que um dos pedidos dos EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE era justamente o abrandamento de regime prisional, sendo que EDIVALDO pleiteou o aberto.

Ao refutar tal pleito, conforme bem destacado nas próprias razões dos presentes EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, o voto condutor esclareceu que a quantidade e a natureza da droga transportada demonstram que o abrandamento seria insuficiente para a adequada prevenção e retribuição da conduta. Na seqüência, transcreveu trecho da sentença, que repete-se neste momento, *in verbis*:

"O regime inicial de pena a ser cumprido será o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º do Código Penal. No caso, foram consideradas negativas duas circunstâncias judiciais de caráter preponderante (natureza e quantidade da substância), devendo ser ressaltado que o acusado foi flagrado com grande quantidade (6,3 kg) de substância excessivamente agressiva à saúde (cocaína), elementos concretos que determinam a necessidade de que o acusado inicie o cumprimento da sua pena no regime fechado. Para os fins do § 2º do art. 387 do CPP, cabe esclarecer que no presente caso, o tempo de prisão provisória cumprido pela acusada não é capaz de influenciar na determinação do regime inicial de cumprimento de pena." (Destaque não original)

Ainda que, em tese, seja admissível a aplicação também do regime semiaberto, a leitura atenta do julgado não deixa espaço para dúvidas: o regime prisional inicial permanece sendo o fechado." (e-STJ, fl. 372)

Convém anotar que a obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tantum, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo STF, 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 diretrizes do 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, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, o regime fechado foi estabelecido com base na quantidade e na natureza da droga apreendida (6,3 kg de cocaína), o que, em princípio, é elemento idôneo para a fixação do modo mais gravoso de cumprimento de pena.

Entretanto, considerando a primariedade do agente e a pena aplicada (3 anos, 1 mês e 10 dias), a imposição do regime fechado mostra-se desproporcional.

Nesse contexto, revela-se correta a definição do regime **semiaberto** (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada), tendo em vista a aferição desfavorável das circunstâncias do fato na primeira fase da dosimetria, consistentes na quantidade e na natureza de droga apreendida (6,3 kg de cocaína), nos termos do art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, e art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO TAMBÉM PELA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, QUE DEMONSTRA A GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando a sentença e o acórdão recorridos, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamentam o patamar escolhido, concretamente, na quantidade da droga apreendida, qual seja, 43 tijolos de maconha,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pesando 129g. Ademais, alterar a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

- 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.

- As referências feitas à hediondez do delito devem ser afastadas como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso pelas instâncias ordinárias.

- O regime semiaberto, mais gravoso do que a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporta, deve ser mantido ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela considerável quantidade da droga apreendida com a paciente - 43 tijolos de maconha, pesando 129g -, elemento que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- *Habeas corpus* não conhecido." (HC 279.016/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, nos termos do art. 34, XX, do RISTJ, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se. (e-STJ, fls. 382-385).

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, 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 diretrizes do 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, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Deveras, conforme bem colocado pelo *Parquet* Federal, o Tribunal de origem valeu-se de elementos idôneos justificar o regime fechado, consistentes na aferição negativa da natureza e na quantidade de droga apreendida (6,3kg de cocaína), que incidiram na exasperação da pena-base em 2 anos acima do mínimo legal.

Entretanto, considerando que a pena final foi estabelecida em patamar inferior a 4 anos (3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão), assim como a primariedade do paciente, o regime fechado mostra-se desarrazoado, sendo suficiente e adequado o modo intermediário (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada), tendo em vista a valoração negativa das circunstâncias judiciais, natureza e quantidade do entorpecente apreendido (6,3 kg de cocaína), nos termos dos arts. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, e art. 42 da Lei de Drogas, nos termos da jurisprudência desta Corte.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. 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.

3. No caso, a Corte de origem manteve o regime prisional com base nas circunstâncias específicas do delito, qual seja, a quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas. Entretanto, o regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 1 ano e 10 meses revela-se desproporcional.

4. Dessa forma, verifico que a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes apreendidos, sopesados na primeira fase da dosimetria, justificam apenas a fixação do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam, tendo em vista a diversidade e natureza das drogas apreendidas – cocaína e *crack*.

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

(HC 373.386/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0027737-7

AgRg no
HC 387.955 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013810720138120025 13810720138120025

EM MESA

JULGADO: 21/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

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 : EDIVALDO CASTRO DE OLIVEIRA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : EDIVALDO CASTRO DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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, negou provimento ao agravo regimental."

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