



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.048 - RS (2016/0272837-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JAMES RICARDO MACHADO DA SILVA
PACIENTE : SILMAR RODRIGO DUARTE

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA FIXADA EM 3 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE REGIME INICIAL INTERMEDIÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– 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 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, baseada nas circunstâncias judiciais desfavoráveis e em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência dos enunciados 440 da Súmula do STJ e 718 e 719 da Súmula do STF.

– Na hipótese, a exasperação da pena-base foi fundamentada na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido – 168 pedras de *crack* –, o que caracteriza circunstância judicial desfavorável e justifica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a fixação do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e na jurisprudência desta Corte.

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

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 20 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.048 - RS (2016/0272837-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JAMES RICARDO MACHADO DA SILVA
PACIENTE : SILMAR RODRIGO DUARTE

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de JAMES RICARDO MACHADO DA SILVA e SILMAR RODRIGO DUARTE contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação n. 0042535-75.2016.8.21.7000.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 3 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 380 dias-multa, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por duas restritiva de direitos (fls. 200/207).

Inconformada, a defesa apelou e o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso (fls. 278/286).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal na manutenção do regime inicial fechado, apontando ausência de motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso que o previsto no art. 33 do Código Penal, baseado apenas na gravidade em abstrato do delito e sua natureza hedionda. Sustenta serem aplicáveis ao caso os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja fixado o regime aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi indeferido (fls. 297/298).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem (fls. 335/340).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.048 - RS (2016/0272837-8)

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, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª 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 dos pacientes, 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 a modificação do regime imposto.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, 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.

Assim, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravoso do que comporta a pena, 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 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.

Examinando os autos, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado aos seguintes fundamentos:

As penas deverão ser cumpridas, inicialmente, no regime fechado ante o previsto na Lei 11.464/07. Ainda que os tribunais venham relativizando esta vedação, entende este juízo que a fixação do regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso, devidamente estabelecido, em lei, torna mais coercitivo o cumprimento das sanções substituívas a que fazem jus os réus, isso porque, em caso de descumprimento das penas restritivas de direitos, havendo conversão, os apenados iniciarão as penas privativas de liberdade em regime fechado. É este, portanto, o viés que melhor se adequa ao princípio da suficiência da pena, notadamente por se tratar de crime equiparado a hediondo, que deve ser mais severamente punido (sentença - fl. 206).

REGIME

A quantidade de drogas apreendidas, que não pode ser tida por pouco significativa (168 pedras de crack), a natureza altamente lesiva, e as circunstâncias do fato (atuação conjunta) revelam periculosidade que autoriza a fixação de regime mais rigoroso.

Assim, observados os critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal, com preponderância do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, a despeito do quantum de pena estabelecido, as peculiaridades do caso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreto autorizam a manutenção do regime inicial fechado (acórdão - fls. 285/286).

Ressai das transcrições supra que o regime prisional foi fixado na sentença com base apenas na hediondez do delito, sem fundamentação idônea, portanto, afrontando o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

De outro lado, o Tribunal *a quo* fundamentou a exasperação da pena-base na quantidade e na natureza dos entorpecentes apreendidos – 168 pedras de *crack* –, o que justifica a fixação do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e na jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. QUANTUM DA DIMINUIÇÃO DA DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. RAZOABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. ILEGALIDADE. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. O quantum da condenação (2 anos e 6 meses), a primariedade, a as circunstâncias judiciais favoráveis e a quantidade e a natureza da droga apreendida (45,3g de cocaína) permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, conforme art. 33, § 2º, alínea b, do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 310.633/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONDENADO PRIMÁRIO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGISTRO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO DO ART. 44, III, DO CP NÃO PREENCHIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Após a declaração incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime inicial fechado, haja vista que, para estabelecer o regime de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos, do Código Penal.

2. O paciente não reincidente, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, mas com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (natureza altamente lesiva da droga apreendida - crack), deverá cumprir a pena no regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 3º, do CP.

3. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois não preenchido o art. 44, III, do CP, haja a vista "o comércio de espécie de droga de altíssimo poder destrutivo - crack", que "dava-se há vários meses".

4. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 308.543/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 22/06/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, apenas para fixar, em favor dos pacientes, o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0272837-8

HC 375.048 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121500339758 00425357520168217000 01064992420158210001 10082920151827
1064992420158210001 121500339758 201500339758 425357520168217000
70068323419

EM MESA

JULGADO: 20/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: JAMES RICARDO MACHADO DA SILVA
PACIENTE	: SILMAR RODRIGO DUARTE

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.