



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.151 - MA (2015/0149911-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **AFONSO CELSO PINHEIRO FILHO**
ADVOGADO : **AFONSO CELSO PINHEIRO FILHO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO**
PACIENTE : **FRANCISCO MURILO PEREIRA E SOUSA**
PACIENTE : **NILTON PEREIRA DE SOUSA**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. VEDAÇÃO LEGAL DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/1990 DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FUNDAMENTO QUE DEVE SER AFASTADO. TRIBUNAL QUE MANTEVE O REGIME FECHADO EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. *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 Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

– Há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado, contudo, como bem destacado pelo Tribunal *a quo*, a natureza e a quantidade de drogas apreendida são circunstâncias que ensejam a necessidade de se fixar regime inicial mais gravoso.

– Hipótese em que foi apreendida considerável quantidade de droga (10 kg de cocaína), o que recomenda o regime inicial fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 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, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.151 - MA (2015/0149911-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : AFONSO CELSO PINHEIRO FILHO
ADVOGADO : AFONSO CELSO PINHEIRO FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO
PACIENTE : FRANCISCO MURILO PEREIRA E SOUSA
PACIENTE : NILTON PEREIRA DE SOUSA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FRANCISCO MURILO PEREIRA E SOUSA e NILTON PEREIRA DE SOUSA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (Revisão Criminal n. 0012722-62.2013.8.10.0000).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados como incurso nas sanções do art. 12, *caput*, e § 2º, inciso II, c/c o art. 14, ambos da Lei n. 6.368/1976, à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 16/33).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, postulando, em síntese, a revisão da sentença condenatória. A Corte estadual deu parcial provimento ao recurso de FRANCISCO "apenas pra lhe aplicar a atenuante de confissão prevista na alínea 'd', do inciso III, do artigo 65, do Código Penal, reduzindo a pena imposta de 08 anos de reclusão para 06 anos e 08 meses" (e-STJ fl. 40).

Diante do trânsito em julgado da sentença condenatória, a defesa apresentou revisão criminal para discutir o regime inicial de cumprimento da pena aplicado aos pacientes. A e. Desembargadora Angela Maria Moraes Salazar deferiu a liminar para aplicar o regime inicial semiaberto. Contudo, o Colegiado revogou a liminar anteriormente concedida e julgou improcedente a revisão criminal, nos termos do acórdão de fls. 135/145.

Na presente impetração, a defesa sustenta que não são idôneos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentos utilizados para manter o regime mais gravoso para o cumprimento da pena.

Aponta ser injusta a imposição do regime inicial fechado para cumprimento de pena dos pacientes, de forma que haveria constrangimento ilegal causado pelo cárcere em regime de pena mais gravoso do que o assegurado pelos enunciados n. 718 e n. 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Aduz que o regime inicial fechado foi imposto tão somente em razão da gravidade abstrata do delito.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão do regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 92/93) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 183/187).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.151 - MA (2015/0149911-6)

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.

Cumpra 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 o 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.

Busca a defesa a fixação do regime inicial menos gravoso, ao fundamento de haver constrangimento ilegal na manutenção do regime inicial fechado.

Quanto ao regime prisional, cumpre asseverar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (STF, HC n. 111.840, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe em 17/12/2013).

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seção desta Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados: HC n. 264.068/RS, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/2/2015; HC n. 274.020/SP, Relator Ministro ERICSON MARANHÃO (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 19/2/2015; e HC n. 299.797/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/12/2014.

No presente caso, o Tribunal *a quo*, ao manter o regime inicial fechado, consignou (fls. 138/144):

Em tratando, a espécie, de procedimento a observar o rito de lei especial - que por isso mesmo se sobrepõe à norma genérica - a regra a ser observada é aquela prevista no art. 42, da Lei n. 11.343/2006, via do qual "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente". Inegável que tal disposição tem aplicação sobre a totalidade da resposta penal dada ao caso concreto, inclusive no que respeita ao regime de cumprimento da pena, anoto que, no caso dos autos, os Requerentes integrariam "quadrilha de traficantes especializada na produção e distribuição do entorpecente popularmente conhecido por merla, tendo sido realizadas nesse período campanhas e outras diligências, no sentido de identificarem os integrantes da quadrilha, que havia montado uma espécie de laboratório, onde era transformada a pasta-base da cocaína em merla" (fl. 69).

Tanto o é, aliás, que na ocasião da prisão em flagrante, apreendidos foram "dezessete caixas de isopor contendo substância com aparência de merla, quatro sacolas plásticas contendo substância petrificada com aparência de crack, um saco de fibra com inscrição barrilha leve, contendo substância em pó, dez embrulhos abertos, confeccionados com saco plástico, revestidos com fita adesiva, contendo resquícios de substância branca pulverizada" (fl. 70).

[...]

Esse, aliás, o entendimento por mim esposado, em hipóteses análogas.

Nessa esteira, certo que a quantidade e a variedade do entorpecente apreendido demonstram a maior gravidade dos fatos, preponderando, tal, sobre a regra genérica do art. 33, da Lei Substantiva Penal, tenho por adequado ao caso concreto o regime inicial fechado, a teor do art. 42, da Lei no 11.343/2006.

Nem se diga, aliás, ofendidas as Súmulas n. 718 e 719, da eg. Corte Superior, via das quais, respectivamente, "a opinião do julgador



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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'; e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea": a imposição do regime mais gravoso, aqui, atende à regra do art. 42, da norma de regência, quedando devidamente fundamentada em razão da variedade e da expressiva quantidade do entorpecente apreendido, tudo, diga-se, consoante a jurisprudência vigente, neste voto já transcrita.

Verifica-se, assim, o regime mais gravoso fixado em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida – 10 kg de cocaína –, circunstância 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 art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal.

2. Condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos não caracterizam a reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes.

3. A exasperação da pena-base em 6 meses, diante da circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes -, mostra-se razoável e não merece qualquer reparo.

4. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

5. Diante do quantum de pena imposta - 6 anos e 5 meses de reclusão - e dos maus antecedentes do agravante, não há qualquer ilegalidade na imposição do modo mais gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no HC 322.686/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 11/9/2015) – (grifei).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. LEGALIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. CONFIRMAÇÃO.

1. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na quantificação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, de modo que a fixação da pena em cinco anos e dez meses de reclusão, na primeira fase da dosimetria, observou a disciplina contida na norma especial.

2. Como é sabido, para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. As instâncias ordinárias, após o exame dos elementos probatórios acostados aos autos, concluíram que o agravante se dedicava às atividades criminosas, de forma que, para afastar tal premissa, seria imprescindível o reexame dos fatos e das provas dos autos, o que é inviável em sede de habeas corpus.

4. Legalidade do regime fechado fixado na origem, não pela hediondez do delito, mas em razão da quantidade e da qualidade da droga apreendida (150g de cocaína), à vista do que dispõe o art. 42 da Lei de Entorpecentes. Precedentes.

5. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no HC 300.677/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 8/9/2015, DJe 29/9/2015) – (grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO APENAS COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/1990, JÁ DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA. PACIENTE COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

- Na espécie, em que pese o regime inicial fechado ter sido estabelecido com base na vedação legal, já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, não há razões para flexibilizá-lo, à luz do art. 33 do Código Penal. Isso porque, a despeito de ter sido condenada à pena de 5 anos e 10 meses, a paciente teve a pena-base estabelecida acima do piso legal, em razão da grande quantidade de drogas apreendidas, circunstância que torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

- Habeas Corpus não conhecido. (HC 298.410/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 22/9/2015, DJe 30/9/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0149911-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 328151 / MA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 05966892013 127082013 16320220152015 5966892013

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: AFONSO CELSO PINHEIRO FILHO
ADVOGADO	: AFONSO CELSO PINHEIRO FILHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO
PACIENTE	: FRANCISCO MURILO PEREIRA E SOUSA
PACIENTE	: NILTON PEREIRA DE SOUSA
CORRÉU	: RAIMUNDO FABIO GARCIA DE OLIVEIRA
CORRÉU	: JOSIVAL LEANDRO SOUSA SILVA
CORRÉU	: SILAS CASTRO 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."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.