

HABEAS CORPUS Nº 531.476 - RS (2019/0264808-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : DEISE CASPANI COLLET - RS051075
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDRE DE ARRUDA SEVERO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ANDRE DE ARRUDA SEVERO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 0083730-35.2019.8.21.7000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 8 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 35, *caput*, c/c o 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/2006 e 1º, § 1º, inciso II, e § 4º, da Lei n. 9.613/1998, em concurso material (e-STJ fls. 1.180/1.329).

Irresignadas, as partes interpuseram apelações, sendo improvido o recurso ministerial e parcialmente provido o apelo do paciente para absolvê-lo em relação ao crime de lavagem de dinheiro, remanescendo a pena aplicada ao crime de associação para o tráfico, estabelecida em 4 anos e 8 meses de reclusão e multa, com a manutenção do regime inicial fechado (e-STJ fls. 891/1.006). Segue a ementa do acórdão:

RECURSO MINISTERIAL. RECONHECIMENTO DE CRIMES AUTÔNOMOS DE TRÁFICO DE DROGAS. INADMISSIBILIDADE.

Não se pode afirmar que algum dos eventos denunciados como tráfico de drogas teve sua permanência cessada, restando

Superior Tribunal de Justiça

evidente que se trata de vários eventos, próximos um do outro, que formaram um injusto único.

APENAMENTO. ALGUMAS REDUÇÕES REALIZADAS.

Preliminares afastadas.

Apelos ministerial improvido.

Apoio da ré Suzana improvido.

Apelos dos demais réus parcialmente providos.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/5), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois embora o Tribunal *a quo* tenha reduzido a sua pena para patamar que não excede 8 anos de reclusão, manteve o regime inicial fechado sem base em fundamentação idônea. Aduz que a gravidade abstrata do delito não enseja o recrudescimento do regime e a condenação anterior referida pela Corte local não possui trânsito em julgado, motivo pelo qual o paciente faz jus ao regime semiaberto.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que o regime prisional seja alterado para inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido às e-STJ fls. 1365/1367.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fl. 1373, pelo não conhecimento da ordem .

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

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.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de

origem que julgou o apelo defensivo, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, enseja a hipótese do recurso especial.

Dessa forma, o *habeas corpus* em tela não merece conhecimento.

Contudo, a coação ilegal apontada na inicial será analisada, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da ilegalidade na fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda.

Sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/07/2012, 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.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária 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 n. 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.

Para uma melhor compreensão da controvérsia, confira-se como ficou a pena após o redimensionamento realizado pela Corte local (e-STJ fl. 1002):

[...]

Excluído o ilícito de lavagem de dinheiro, restam as penas atribuídas ao réu redimensionadas para quatro anos e oito meses de reclusão (associação para o narcotráfico - basilar de quatro anos, que se justifica pelo grande volume de drogas negociadas pela associação e aumento pelo envolvimento dos menores de idade) e 700 dias-multa. O regime prisional permanece o fechado, com amparo no §3º do art. 33 do Código Penal, haja vista que André ostenta uma condenação definitiva pelo crime de tráfico de drogas (fls. 2361/2363).

Com efeito, no caso dos autos, a Corte local apresentou fundamentação idônea para o recrudesimento do regime, pois a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da grande quantidade de drogas apreendida, o que, por si só, já permitiria a fixação de regime inicial mais gravoso.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, PEDIDO DE REDIMENSIONAMENTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006) NÃO APLICADA. QUANTIDADE DA DROGA. CERCA DE 38 KG DE COCAÍNA, MACONHA, CRACK E LANÇA PERFUME. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSAS. INDICATIVOS DE QUE OS RÉUS NÃO PREENCHEM OS REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ACENTUADA DO DELITO. QUANTIDADE E NATUREZA DA

DROGA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não ocorre nestes autos. Na hipótese, conforme consignado no decisum agravado, as instâncias ordinárias consideraram as circunstâncias da quantidade e variedade das drogas, as quais mostraram-se exacerbadas para o tipo. O fundamento para aumentar a pena-base em 1/2 é respaldado pela jurisprudência desta Corte.

2. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura bis in idem.

3. Quanto ao regime prisional, a quantidade e natureza das drogas (art. 42 da Lei n. 11.343/2006) demonstra a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1478105/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 21/10/2019) (grifei)

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. NÃO RECONHECIMENTO DA FORMA PRIVILEGIADA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. De acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que as instâncias antecedentes, atentas às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade da droga apreendida - 1 tijolo de maconha (356,g) e 13 porções da referida substância (28g) - para fixar a pena-base em 1 ano acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

4. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

5. Concluído pelas instâncias antecedentes, com amparo não só na quantidade de entorpecente apreendido, mas também nas provas colhidas nos autos, que o paciente é contumaz na prática do tráfico de entorpecentes e tem ligação com organização criminosa, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

6. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 6 anos de reclusão, em razão da aferição negativa de circunstância judicial, quantia do entorpecente, que justificou o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

8. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o

entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

9. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11/11/2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

10. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena".

11. O não reconhecimento do tráfico privilegiado inviabiliza o afastamento do caráter hediondo do delito, nos moldes do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 118.533/MS.

12. Habeas corpus não conhecido.

(HC 532.964/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 25/10/2019) (grifei)

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator