



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.111 - SP (2016/0293123-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA -
SP242824
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EMERSOM BARBOZA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que a escolha do sistema inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de sanção firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na hipótese, o Colegiado *a quo* concluiu de modo fundamentado quanto à necessidade do regime inicial fechado, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, reveladora da periculosidade do envolvido, demonstrada, especialmente, pelas circunstâncias do caso concreto, não havendo ilegalidade na manutenção do modo mais gravoso de execução, na forma do art. 33 do CP.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 27 de junho de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.111 - SP (2016/0293123-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA -
SP242824
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EMERSOM BARBOZA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de EMERSOM BARBOZA DA SILVA contra acórdão proferido pela 13^a Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento à Apelação n. 0028287-28.2011.8.26.0344, para redimensionar sua pena final para 8 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, como incurso no art. 35 da Lei n. 11.343/06, condenando-o também pelo crime do art. 33, do mesmo Diploma legal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o caráter hediondo e a gravidade abstrata do delito seriam motivos inidôneos para o estabelecimento do regime inicial mais gravoso, haja vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pena aplicada.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja mitigado o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

A liminar foi indeferida.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração ou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.111 - SP (2016/0293123-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO.

CONCURSO MATERIAL. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO SENTIDO DE QUE AS CONDUTAS PRATICADAS TINHAM DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. 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.

[...]

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 366.638/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, pela prática do crime do art. 35 da Lei n. 11.343/06, porque:

"[...] no período compreendido entre os meses de março e setembro de 2011, nesta Cidade e Comarca, associaram-se para o fim de praticar, por tempo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indeterminado, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como praticaram essa mesma infração consistente em guardar, na residência de Sidney, 237,500 gramas de cocaína, em forma de crack.

Consta que, em março de 2011, a delegacia sobre entorpecentes recebeu informações no sentido de que o acusado Sérgio praticava tráfico de drogas, liderando um grupo de pessoas. Para tanto, adquiria drogas em outros estados, enquanto outros se incumbiam de transportá-las e distribuí-las a traficantes menores." (e-STJ fls. 35/36)

Inconformados, a defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao pleito defensivo e proveu o ministerial para condená-lo também pelo crime do art. 33 da Lei de Drogas, redimensionando sua penal final para 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, mantido no mais o édito condenatório.

No concernente à escolha do modo prisional para início da execução da reprimenda, verifica-se que a Corte *a quo* estabeleceu o regime fechado, nos seguintes termos, *in verbis*:

"Quanto ao regime carcerário imposto a todos os apelantes, só resta impor o inicial fechado para os crimes de tráfico de drogas e associação para tal fim. Como bem discorrera o Ilustre membro do Ministério Público, era o único cabível e necessário para a reprovação pela prática de um crime tão grave como o é o primeiro delito, em conformidade com o mandamento legal da Lei n° 8.072/90, alterado pela recente Lei n° 11.464, de 28 de março de 2007. Além disso, os patamares de suas penas extrapolaram o mínimo exigido pelo artigo 33, parágrafo 2°, alínea "a", do Código Penal, para iniciar o seu cumprimento no regime fechado. Por fim, há claros indícios de que integravam uma organização criminosa ou mantinham algum vínculo com integrantes desta senda para promover o tráfico de drogas; portanto, a imposição do regime fechado a todos é medida de rigor." (e-STJ fls. 30/31)

Da leitura do excerto acima transcrito, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado com base na gravidade concreta do crime cometido pelo paciente, demonstrada, especialmente, pela sua participação em organização criminosa armada, com o propósito de aquisição e distribuição de drogas, fato comprovado em juízo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

partir de todo o contexto probatório, dos depoimentos prestados pelos policiais, degravação das escutas telefônicas trazidas aos autos, os quais demonstram a dimensão dos negócios por ela mantidos, tendo inclusive, o paciente, e outros co-denunciados, sido condenados pelo crime do art. 35 da Lei de Drogas (e-STJ fls 35/40), motivação suficiente - ao lado da quantidade considerável de droga apreendida - 237,5 g de crack (e-STJ fl.35) -, a justificar a imposição do regime prisional fechado.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, tendo a Corte de origem destacado o "alto nível de organização da associação" formada entre o paciente e os corréus, bem como diante da significativa quantidade e natureza da droga apreendida - 242,96 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

2. Habeas corpus denegado.

(HC 389.863/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33 E 35 DA LEI N. 11.343/06). PENA IGUAL A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MEMBRO DE FACÇÃO CRIMINOSA NACIONALMENTE CONHECIDA COMO COMANDO VERMELHO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A análise do regime prisional deve ser feita com base nos elementos concretos dos autos, de acordo com o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal e em consonância com o entendimento desta Corte.

In casu, não há ilegalidade na imposição do regime fechado pela Corte estadual, que se baseou na gravidade concreta do delito, vedando a aplicação da causa redutora de pena (§



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º do art. 33 da Lei de Drogas), pois, embora a pena tenha sido fixada no mínimo legal e aplicada em patamar igual a 8 anos (art. 33, § 2º, "b", do CP), permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, o fato do paciente ser integrante de facção criminosa nacionalmente conhecida como Comando Vermelho justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art.33 do Código Penal e em consonância com o entendimento desta Corte de Justiça.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 366.429/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a expressiva quantidade e a natureza das drogas apreendidas - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), bem como o fato de o paciente integrar "organização criminosa altamente especializada na disseminação de substâncias diluidoras de cocaína", não há constrangimento ilegal a ser sanado.

2. Habeas corpus não conhecido.

(HC 360.540/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016)

Repise-se que a quantidade de droga apreendida e pertencente à organização foi considerável - **237,5 g de crack (e-STJ fls. 35 e 24/25)** -, motivo que, aliado à sua nocividade, reforça a necessidade de maior repressão da conduta imputada, justificando a imposição do modo de execução estabelecido pela Corte estadual.

Confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). NATUREZA DAS DROGAS (CRACK). DEDICAÇÃO DA RÉ À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. CONDIÇÕES JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CP. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada, sobretudo, pela quantidade e natureza das drogas apreendidas (16 trouxinhas de crack), está em consonância com o entendimento desta Corte.

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

3. A quantidade e/ou natureza de drogas apreendidas constitui elemento idôneo para justificar a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 33, § 3º, do Código Penal - CP e em consonância com o entendimento desta Corte.

In casu, não evidencio ilegalidade na imposição do regime fechado pela Corte estadual, pois, embora a primariedade da paciente e o quantum de pena aplicado, superior a 4 e inferior a 8 anos, permitem, em tese, a aplicação do regime semiaberto, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal (art. 59 CP), em razão da presença de circunstância judicial desfavorável (art. 42 da Lei n. 11.343/06), justificando a imposição de regime prisional mais gravoso, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP e com a jurisprudência desta Quinta Turma.

4. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 350.268/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 14/11/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA DE 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 ou de revisão criminal, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. 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 organização criminosa.

3. As condenações por associação para o tráfico tem o condão de inviabilizar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, pois essa circunstância impede que o agente preencha os requisitos legais para a aplicação da minorante. Precedentes.

4. Estabelecidas as penas definitivas em 8 (oito) anos de reclusão e consideradas a variedade e a natureza das drogas apreendidas (52g de maconha, 5g de cocaína e 10g de crack), o regime prisional fechado é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art.33, § 2º, "a", do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06.

5. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 357.701/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 23/08/2016)

Nesse contexto, verifica-se que a manutenção do regime inicial fechado encontra-se devidamente justificada, mostrando-se adequada e proporcional ao caso, nos termos dos arts. 33 do CP, não havendo o que se reparar.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0293123-2

HC 378.111 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00282872820118260344 16592011 20160000623403 282872820118260344

EM MESA

JULGADO: 27/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO	: LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA - SP242824
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: EMERSOM BARBOZA DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: SERGIO BAHIANO GANÇALVES
CORRÉU	: JOSE CARLOS DA SILVA
CORRÉU	: JOABE FELIX DA SILVA
CORRÉU	: SIDNEY ALVES

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