



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 399.510 - SP (2017/0109689-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : SONIA MARIA MERCURI LUIZ
ADVOGADO : SONIA MARIA MERCURI LUIZ - SP056095
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO CABRAL DE MELO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SUPERVENIÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. QUESTÃO PREJUDICADA. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. Com a superveniência do trânsito em julgado da condenação, resta prejudicado o pleito de suspensão da execução provisória da pena.

3. 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.

4. O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

5. No caso, apesar de o montante da sanção (5 anos e 10 meses de reclusão) comportar o regime semiaberto, o regime mais gravoso é necessário ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade e natureza da droga apreendida - 144 invólucros de cocaína, pesando 83,1g - a qual, inclusive, fundamentou o não reconhecimento do privilégio bem como a fixação da pena-base acima do mínimo legal, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

6. *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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 399.510 - SP (2017/0109689-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : SONIA MARIA MERCURI LUIZ
ADVOGADO : SONIA MARIA MERCURI LUIZ - SP056095
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO CABRAL DE MELO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ANTONIO CABRAL DE MELO contra acórdão da 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002343-57.2016.8.26.0050).

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Em grau de apelação, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso do paciente para reduzir a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão, mantido o regime inicialmente fechado. Além disso, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, determinou a execução provisória da pena. A ementa foi lavrada nos seguintes termos (e-STJ fls. 83/100):

TRÁFICO DE DROGAS - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - NÃO COLHIMENTO - MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS - FINALIDADE MERCANTIL DA CONDUTA COMPROVADA - DOSIMETRIA - REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM RELAÇÃO AO RÉU ANTÔNIO - INVIÁVEL A CONCESSÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06 - REGIME INICIAL FECHADO ADEQUADAMENTE ESTABELECIDO - INADMISSÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - MANTIDO O PERDIMENTO DO VEÍCULO APREENDIDO - RECURSO DE ANTÔNIO PARCIALMENTE PROVIDO - RECURSO DE COSMO NÃO PROVIDO.

No presente *writ*, a impetrante argumenta que a determinação de imediata execução provisória da pena contraria o princípio da presunção de inocência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduz, por outro lado, que o montante de sanção aplicado permite o início do cumprimento da pena em regime diverso do fechado, em especial porque *trata-se de paciente idoso, doente, necessitando de acompanhamento médico, impossível de ser recebido em unidade prisional* (e-STJ fl. 7).

Ressalta que o paciente não ostenta maus antecedentes, tem residência fixa e profissão definida.

Requer a suspensão da expedição de mandado de prisão e modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 104/106.

O Ministério Público Federal opinou às e-STJ fls. 112/118 pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 399.510 - SP (2017/0109689-4)

VOTO

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

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

Do que se extrai dos autos, o paciente, condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado pela prática do crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, busca na presente impetração a revogação da prisão invocando o princípio da presunção de não culpabilidade, estampado no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, bem como o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena fixado.

Em relação à primeira alegação, constata-se mediante consulta ao *site* do Tribunal *a quo* que foi certificado o trânsito em julgado do acórdão da apelação em 11/5/2017. Desse modo, não há mais que se falar em prisão cautelar ou execução provisória da pena, eis que a condenação se consolidou sob o manto da coisa julgada. Assim, o *writ* se encontra, quanto a esse aspecto, prejudicado.

Já em relação ao pleito de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

No caso, o sentenciante fixou a pena-base do delito de tráfico de entorpecentes acima do mínimo legal, estabelecendo-a em 6 anos e 8 meses de reclusão. Na segunda e terceira fases a sanção não sofreu alterações, sendo que nesta última não foi reconhecida a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ante a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos (144 invólucros de cocaína, pesando 83,1g), restando a sanção definitiva fixada em 6 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado. Transcrevo o trecho da sentença (fl. 29):

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o fechado, ex vi do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

O acórdão recorrido, por sua vez, considerou excessiva a exasperação procedida na primeira fase da dosimetria, em especial porque elevada no mesmo patamar do corréu, embora o paciente seja primário. Desse modo, fixou a pena-base em 5 anos e 10



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão, tornada definitiva face a ausência de modificações nas fases posteriores. Em relação ao regime, manteve o mais gravoso pelos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 94/95):

No que tange ao regime penitenciário, anoto que a identificação do meio mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos na Lei de Drogas. (...)

No caso em tela, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe, em especial, pela quantidade e natureza de estupefacientes apreendidos, assim como pelos maus antecedentes em relação ao réu Cosmo, a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos. Há precedentes da E. Corte Superior: (...)

Outrossim, relevante observar o texto legal dos arts. 33, § 3º e 59, ambos do Cód. Penal, sem olvidar a natureza da infração e os males que ela provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta.

Pela leitura do excerto acima transcrito, infere-se que a fundamentação utilizada para a fixação do regime mais gravoso do que a pena de 5 anos de reclusão comporta, na sentença, cingiu-se à gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes.

O Tribunal local, entretanto, em acórdão que reformou a sentença, manteve o regime fechado tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida, fundamento considerado idôneo.

Ademais, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal (5 anos e 10 meses de reclusão), com base na quantidade de entorpecentes (144 invólucros de cocaína, pesando 83,1g), o regime fechado está devidamente justificado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

A propósito, destaco:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado, de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento registrado na origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a considerável quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação dos pacientes às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

5. Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e os pacientes sejam primários, a variedade, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 48 porções de crack, 70 porções de maconha e 169 tubos eppendorf de cocaína - utilizadas na terceira fase da dosimetria, para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso.

(...)

Habeas corpus não conhecido. (HC 375.681/SP, Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício II - Os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa para a incidência dessa causa especial de diminuição de pena. É o caso dos autos, haja vista a dedicação a atividades criminosas, evidenciada pelo conjunto probatório dos autos, bem como pela quantidade de droga apreendida (conforme a r. sentença - 933 comprimidos de ecstasy).

III - Nos crimes tipificados na Lei 11.343/06, por força do art. 42 da Lei 11.343/06, a quantidade e a natureza da droga podem influenciar na fixação de regime prisional mais gravoso do que o admitido em função do quantum de pena, desde que seja considerada na dosimetria, uma vez que o estabelecimento do regime de cumprimento de pena é decorrência lógica dessa operação, conforme determinam os artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59, do Código Penal. É o caso dos autos, em que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, é primário, mas a quantidade e a natureza da droga foram relevantes para afastar a causa especial de diminuição de pena.

Habeas corpus não conhecido. (HC 370.471/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 09/12/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte, **não conheço do habeas corpus**, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0109689-4

HC 399.510 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00023435720168260050 20170000265406 23435720168260050 2422016

EM MESA

JULGADO: 27/06/2017

Relator

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

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	: SONIA MARIA MERCURI LUIZ
ADVOGADO	: SONIA MARIA MERCURI LUIZ - SP056095
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANTONIO CABRAL DE MELO
CORRÉU	: COSMO FRANCISCO DE ASSIS

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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.