



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.116 - SP (2017/0004665-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PATRICIA VALENTIM VILLELA CARVALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO ESTEVAM DOS SANTOS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. **REFORMATIO IN PEJUS**. SITUAÇÃO DO PACIENTE INALTERADA. FUNDAMENTOS ACRESCIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. Neste aspecto, é possível nova ponderação das circunstâncias, mesmo em se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em **reformatio in pejus**, desde que a situação do réu não seja agravada (precedentes).

II - **Na hipótese**, o regime inicial fechado fixado na sentença condenatória foi mantido por ocasião do julgamento da apelação, uma vez que a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e variedade de drogas apreendidas em poder do paciente (82 porções de "crack" e 63 porções de cocaína), bem como a sua reincidência, não autorizariam a imposição de regime prisional mais brando.

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

Brasília (DF), 18 de abril de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.116 - SP (2017/0004665-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de FERNANDO ESTEVAM DOS SANTOS, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado e multa, pela prática do delito de tráfico de drogas (fls. 8-14).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, com vistas à reforma da sentença condenatória. O recurso, por seu turno, foi desprovido, em julgado cuja ementa é a seguinte:

"APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - Absolvição - Impossibilidade - Materialidade delitiva e autoria sobejamente demonstradas nos autos – Quantidade de entorpecentes e circunstâncias da apreensão que evidenciam a destinação à mercancia - Validade do depoimento dos policiais - Crime de conteúdo variado, que se consuma com a presença de um dos verbos núcleos do tipo penal – Admissibilidade da denúncia anônima – Modalidade que se amolda ao ordenamento jurídico, desde que, como 'in casu', acompanhada de diligências supervenientes para apurar o alegado - Ausência de testemunhas estranhas aos quadros policiais que não enfraquece o acervo probatório – Condenação bem decretada – Pena criteriosamente dosada - Básica corretamente fixada acime do mínimo legal em razão da quantidade e natureza das drogas – Inteligência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06 - Precedentes - Regime fechado único adequado à espécie, especialmente porquanto reincidente o réu - Ausência de mácula a preceitos constitucionais ou legais - Recurso desprovido" (fl. 16).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta a impetrante que a sentença fixou o regime inicial fechado apenas com base na Lei n.º 8.072/1990, e que o eg. Tribunal origem, ao analisar o apelo defensivo, afastou a motivação utilizada no édito condenatório, mantendo, no entanto, o mesmo regime prisional mediante fundamentos novos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirma, no ponto, que o procedimento adotado pela instância ordinária contrariou o disposto no art. 617 do Código de Processo Penal (proibição de *reformatio in pejus*), sendo, de rigor, a declaração de nulidade do acórdão combatido.

Requer, ao final, a fixação de regime inicial mais brando em prol do paciente.

Liminar indeferida às fls. 31-33.

As informações foram prestadas às fls. 42-66.

O Ministério Público Federal, às fls. 70-75, opinou **pelo não conhecimento do habeas corpus**, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTOS ACRESCIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. SITUAÇÃO DO PACIENTE INALTERADA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE A SUPERAR A IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. - Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus" (fl. 70).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.116 - SP (2017/0004665-3)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. **REFORMATIO IN PEJUS**. SITUAÇÃO DO PACIENTE INALTERADA. FUNDAMENTOS ACRESCIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. Neste aspecto, é possível nova ponderação das circunstâncias, mesmo em se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em **reformatio in pejus**, desde que a situação do réu não seja agravada (precedentes).

II - **Na hipótese**, o regime inicial fechado fixado na sentença condenatória foi mantido por ocasião do julgamento da apelação, uma vez que a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e variedade de drogas apreendidas em poder do paciente (82 porções de "crack" e 63 porções de cocaína), bem como a sua reincidência, não autorizariam a imposição de regime prisional mais brando.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

Desta feita, reproduzo, para melhor delimitar a **quaestio**, o seguinte trecho da r. sentença condenatória quanto ao regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente:

"O regime inicial será o fechado, único possível, ante o disposto na Lei nº 11.464/07" (fl. 13)

O eg. Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso apelativo, por seu turno, assim dispôs sobre a mesma matéria:

"Noutro giro, o regime inicial não poderia mesmo ser outro que não o fechado.

Primeiro, por implicação da indigitada recidiva, nos termos do art. 33, §2º, 'b', do Código Penal.

E, segundo, sopesando-se a gravidade concreta dos fatos, mormente em se tratando de tráfico de expressiva quantidade de drogas, dentre elas o de crack, estupefaciente que, como se anteviu, ostenta elevada nocividade, sobretudo no que tange à prevenção especial da pena.

Reincidente e condenado à pena superior a 04 anos de reclusão, o réu não poderia mesmo usufruir da substituição da pena corporal, conforme se extrai do inciso I do art. 44 do Código Penal" (fl. 28).

Assim, da análise dos excertos acima colacionados, convém frisar, de antemão, que a jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que o efeito devolutivo da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial.

Sob esse enfoque, portanto, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação destas, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em **reformatio in pejus**, desde que a situação final do réu não seja agravada.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO. AUMENTO DA PENA-BASE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO NÃO TRAZIDO NA SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA PENA DO PACIENTE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. CONCURSO FORMAL. CRITÉRIO DE EXASPERAÇÃO. NÚMERO DE INFRAÇÕES COMETIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Não há se falar em reformatio in pejus quando o Tribunal local, em sede de apelação, em recurso exclusivo da defesa, inova na fundamentação sem, contudo, agravar a situação do acusado.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar as penas dos pacientes" (HC n. 311.722/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 13/6/2016).

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente, mas não obsta, por sua vez, que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de jurisdictio - encontre fundamentos e motivação própria, respeitada, à evidência, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no juízo de origem, o que ocorreu na espécie.

2. *Esta Corte tem entendimento reiterado de que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado.*

3. *A jurisprudência desta Corte reconhece que, diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é cabível a fixação do regime intermediário para o início do cumprimento da pena inferior a quatro anos, mesmo diante da primariedade do réu.*

4. *Ordem não conhecida" (HC n. 349.015/SC, Sexta Turma, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 2/5/2016).*

**"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTO DE REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO.
CORRUPÇÃO PASSIVA. DESCLASSIFICAÇÃO DELITIVA NO
SEGUNDO GRAU. DOSIMETRIA. NOVA PENA. REDUÇÃO.
PERCENTUAL DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO. EFEITO
DEVOLUTIVO DO APELO. PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN
PEJUS. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA.**

[...]

2. *O reexame da dosimetria da pena em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo de norma que acarrete flagrante ilegalidade. Precedentes.*

3. *Admite-se a emandatio libelli na segunda instância, desde que a correção da capitulação jurídica do fato não redunde em agravamento da pena imposta ao sentenciado.*

4. *O efeito devolutivo amplo da apelação autoriza o Tribunal a quo, ainda que em recurso exclusivo da defesa, a proceder à revisão das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, a fim de reestruturar a pena-base, não havendo que se falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não foi agravada.*

5. *Caso em que a desclassificação para o delito de corrupção passiva impôs ao paciente pena menor do que a aplicada na sentença por concussão - alterando-a de 3 anos para 2 anos e 6 meses -, embora a Corte estadual, mediante a valoração das circunstâncias judiciais, tenha dosado a nova sanção em percentual maior do que aquele definido pelo sentenciante para o crime desclassificado, postura que, sem denotar arbitrariedade ou desproporcionalidade, não macula a vedação da reforma em prejuízo.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 279.080/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 3/2/2016).

Na hipótese, o regime inicial fechado, fixado na sentença condenatória, fora corretamente preservado, pois, a despeito do **quantum** da reprimenda corporal aplicada, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e variedade de drogas apreendidas em poder do paciente (82 porções de crack e 63 porções de cocaína), bem como a sua reincidência delitiva, não autorizam, no caso em apreço, a imposição de regime prisional mais brando. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

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 pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a quantidade, a variedade e a natureza da droga apreendida, pressupõem a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em sua maior fração.

3. A reforma do entendimento da instância ordinária, quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas, constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 121 pedras de crack, 49 eppendorfs de cocaína, 6 tabletes e 1 filete de maconha - 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. Precedentes. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 377.156/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 10/2/2017).*

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem, ainda que de ofício.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0004665-3

HC 385.116 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00042269620158260495 20160000770158 42269620158260495

EM MESA

JULGADO: 18/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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 DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PATRICIA VALENTIM VILLELA CARVALHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FERNANDO ESTEVAM DOS SANTOS

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