



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 421.460 - SP (2017/0273599-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **LINCOLN DEL BIANCO DE MENEZES CARVALHO**
ADVOGADOS : **LINCOLN DEL BIANCO DE MENEZES CARVALHO -**
SP235857
RICARDO VICTOR UCHIDA - SP384513
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **MARCIO EDUARDO DO NASCIMENTO SILVA (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO QUE A PENA APLICADA (3 ANOS) FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento do *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. A jurisprudência desta Corte, quanto à fixação do regime prisional, firmou-se no sentido de que é necessária a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na primariedade do acusado e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um *modus operandi* que desborde dos elementos normais do tipo penal violado.

3. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, o regime mais gravoso foi estabelecido mediante fundamentação concreta, porquanto o acusado exercia o papel de liderança na associação criminosa.

4. Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 421.460 - SP (2017/0273599-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LINCOLN DEL BIANCO DE MENEZES CARVALHO
ADVOGADOS : LINCOLN DEL BIANCO DE MENEZES CARVALHO -
SP235857
RICARDO VICTOR UCHIDA - SP384513
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO EDUARDO DO NASCIMENTO SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCIO EDUARDO DO NASCIMENTO SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0011724-80.2012.8.26.0066).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 6 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e 1º da Lei n. 9.613/1998 (e-STJ fls. 142/162).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual, em relação ao paciente, foi parcialmente provido para absolvê-lo da imputação do crime de lavagem de dinheiro, remanescendo a pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto e multa aplicada ao crime de associação para o tráfico (e-STJ fls. 200/212). Segue a ementa do acórdão:

PRELIMINARES. NULIDADE. Inocorrência. Provas obtidas por meio de procedimento de interceptação telefônica, o qual se verificou em consonância ao ordenamento jurídico. Degravação própria pela Polícia. Possibilidade. Outrossim, obediência ao artigo 212 do Código de Processo Penal. Ausência de prejuízo à apuração da verdade real e à ampla defesa. Logo, arguições preliminares desacolhidas.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. Hipótese na qual sólidos os demonstrativos de caráter material e da autoria relativos a esse imputado delito. Depoimentos de policiais civis que, não bastasse prestados sob o crivo do contraditório, estão em conformidade ao mais da prova coibida. Laudo decorrente de perícia que ó de consideração. Réus que se associaram para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática da traficância. Logo, condenações que se mantêm. Contudo, absolvição de um desses acusados de apontada prática do crime do lavagem de bens e valores que é necessária. Dúvida que deve ser interpretada em favor desse cossentenciado. Recurso deste parcialmente provido, por um lado, improvidos, de outro, os dos corréus.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/18), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois, embora a pena aplicada não supere 4 anos de reclusão, foi estabelecido o regime inicial semiaberto e negada a substituição da pena com base na gravidade abstrata do delito. Afirma que o crime de associação para o tráfico não é hediondo e, de qualquer forma, a hediondez não obsta a fixação de regime mais brando, tampouco a substituição da pena. Aponta que o paciente é primário e as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, razão pela qual faz jus ao regime aberto e à substituição da pena.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente aguarde em regime aberto o julgamento deste *writ*, e, no mérito, pede a concessão da ordem para que o regime prisional seja alterado para inicial aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 219/221.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 225/226, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 421.460 - SP (2017/0273599-3)

VOTO

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

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na fixação do regime inicial semiaberto e na não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 presente caso, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal de 3 anos de reclusão, as instâncias ordinárias estabeleceram o regime mais grave que o *quantum* da pena arbitrada tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, porquanto o acusado exercia a função de líder na associação criminosa:

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, em razão da liderança do réu, alhures reconhecida, conforme prova dos autos. (Sentença fl. 158)

Observados os motivos constantes dessa respeitável decisão a quo, e sem olvido às finalidades de repressão e prevenção próprias, correto manter-se a modalidade intermediária de regime prisional para o inicial cumprimento dessa pena privativa de liberdade. (Acórdão fl. 210)

Dessa forma, extrai-se que o fundamento utilizado para o recrudescimento do regime é idôneo.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO SIMPLES E ROUBO MAJORADO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MAIOR OUSADIA E PERICULOSIDADE EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. **É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. No mesmo sentido, são os Enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e n. 718 e 719 da Súmula do STF.**

3. No caso dos autos, não olvidando tratar-se de réu primário, cuja reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão e a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o Tribunal a quo decidiu por fixar o regime inicial fechado de forma concreta, tendo em vista que os crimes foram praticados contra adolescentes, com simulacro de arma de fogo, restrição da liberdade de uma das vítimas e mediante violência real, com deferimento de socos contra a outra, o que, de fato, demonstra uma maior reprovabilidade na conduta do paciente, justificando o regime prisional mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP. Inaplicável, portanto, os Enunciados das Súmulas n. 440/STJ e n. 718/STF.

Habeas corpus não conhecido. Liminar cassada.

(HC 346.982/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 02/09/2016)

Por fim, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o Tribunal local demonstrou que não era recomendável a substituição, pelos mesmos motivos lançados para fixar o regime semiaberto - o acusado era o líder da associação para o tráfico:

Descabido frente aos males decorrentes de infração da espécie, não se substitui essa carcerária por alternativas (artigo 44, III, do Código Penal). Aliás, esse benefício não se mostra condizente às realidades da hipótese ora sob análise.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS QUE JUSTIFICAM O PATAMAR. PRECEDENTES. REGIME SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. RAZOÁVEL QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. 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. A quantidade e a variedade das drogas constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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.

5. Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, pela primariedade do acusado e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da diversidade e razoável quantidade das drogas apreendidas, deve ser mantido o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 380.207/SP, minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0273599-3

HC 421.460 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00117248020128260066 117248020128260066 20150000970704 85012

EM MESA

JULGADO: 28/11/2017

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. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LINCOLN DEL BIANCO DE MENEZES CARVALHO
ADVOGADOS	: LINCOLN DEL BIANCO DE MENEZES CARVALHO - SP235857 RICARDO VICTOR UCHIDA - SP384513
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARCIO EDUARDO DO NASCIMENTO SILVA (PRESO)
CORRÉU	: RICARDO BORGES RODRIGUES
CORRÉU	: THIAGO FERNANDES DE OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico 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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.