



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 427.717 - RJ (2017/0316635-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : DOUGLAS SOUZA DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PACIENTE QUE INTEGRA FACÇÃO CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NATUREZA E GRANDE QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. *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.

– O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

– Na hipótese, não obstante a pena tenha sido fixada em 8 anos de reclusão, as circunstâncias nas quais os delitos ocorreram – o réu foi preso em flagrante num conhecido ponto de venda de drogas, quando trazia consigo, para fins de tráfico, 59,3 gramas de cocaína, além de maconha, embaladas com as inscrições do Comando Vermelho –, denotam a especial gravidade concreta da ação criminosa, a qual recomenda o regime inicial fechado para a prevenção e a repressão dos delitos perpetrados, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– *Habeas Corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 06 de fevereiro de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 427.717 - RJ (2017/0316635-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : DOUGLAS SOUZA DOS SANTOS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DOUGLAS SOUZA DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0254442-02.2015.8.19.0001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006 (fls. 15/19).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (fls. 43/64), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO. DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA ESSE FIM. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA, EM QUE SE ARGUI PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. NO MÉRITO, INSURGE-SE A DEFESA CONTRA A CONDENAÇÃO DO ACUSADO E REQUER, SUBSIDIARIAMENTE, A DESCLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS IMPUTADAS NA DENÚNCIA PARA A QUE TIPIFICA O DELITO DE CONSUMO PESSOAL DE DROGAS, BEM COMO A REDUÇÃO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA, O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL, A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS, A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA E A CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PREQUESTIONAMENTO DE DIVERSOS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Da preliminar: a peça inicial acusatória, ao contrário do que alega a combativa defesa, não se afigura obscura e tampouco genérica, pois descreve de forma clara e suficientemente adequada a participação do acusado na prática do delito de associação para fins de tráfico. Os requisitos legais foram integralmente preenchidos na denúncia oferecida pelo Ministério Público, na medida em que as circunstâncias do delito foram adequadamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expostas, com a descrição do local dos fatos e da pessoa do acusado, além do meio de execução, classificação e tempo do crime, o que demonstra que o apelante pôde exercer os seus direitos à ampla defesa e ao contraditório, assegurados no artigo 5º, LV, da Carta Política. Na hipótese de a denúncia descrever de forma suficientemente clara a conduta do acusado, a cujo tipo penal se amolda o artigo 35 da Lei nº 11.343/06, não há que se falar em descumprimento dos requisitos contidos no artigo 41 do Código de Processo Penal. Além disso, as condutas que configuram os delitos plurissubjetivos prescindem de uma descrição minuciosa da colaboração de cada agente para a execução da empreitada criminosa, mostrando-se suficiente a narração clara e adequada do fato principal, com vistas a possibilitar o exercício da ampla defesa, o que foi devidamente observado pelo Parquet. O simples fato de o Ministério Público não ter especificado o termo inicial da execução do aludido delito não se mostra suficiente a anular a sua imputação, sobretudo diante da extrema dificuldade de se obter esse dado nas infrações dessa natureza, cuja omissão, ademais, não acarretou nenhum prejuízo à defesa. Preliminar rejeitada.

Do pedido de absolvição: a materialidade e a autoria de ambas as infrações penais foram absolutamente comprovadas na hipótese dos autos, notadamente pelos depoimentos prestados em Juízo, aos quais corroboram as demais provas do processo – laudo de exame de material de entorpecente, auto de prisão em flagrante, termos de declaração, auto de apreensão e autos de encaminhamento, que não deixam a menor dúvida acerca da procedência da acusação. Com o fim da instrução criminal, restou incontroverso que o acusado faz parte de uma organização criminosa com vínculos permanentes e solidariedade de ação, sobretudo diante da quantidade, diversidade e forma de acondicionamento do material entorpecente, cuja apreensão se deu numa localidade dominada pela facção criminosa “Comando Vermelho”, onde seria impossível o exercício do tráfico de drogas, sem o envolvimento direto com esse organismo criminoso. Com efeito, o réu foi preso em flagrante num conhecido ponto de venda de drogas situado nas proximidades da “Favela do Dique”, quando trazia consigo, para fins de tráfico, 59,3g de cocaína, distribuídos em 38 embalagens plásticas com inscrições do tipo “Complexo da Baixada, O Retorno, Guarani, Vila Rute, Faizão, Embaixador Cruzeiro, Tamanco, C.V.R.L”, além de 01 grama de maconha, acondicionado em 03 pequenos sacos plásticos.

Da dosimetria da pena: as sanções penais de ambos os delitos foram fixadas em seus mínimos legais, e não merecem nenhum reparo, assim como o sistema do cúmulo material de penas reconhecido na sentença, na forma do artigo 69 do Código Penal, diante da pluralidade de condutas e diversidade de crimes. A redução da pena pecuniária na forma requerida pela defesa implicaria verdadeira afronta ao princípio da individualização legislativa da pena, cuja inobservância traduz grave transgressão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao artigo 5º, XXXIX e XLVI, da Carta Política, que outorga ao legislador a prerrogativa de selecionar os fatos puníveis e cominar as respectivas sanções, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena. Ao dispor sobre o preceito secundário da norma penal incriminadora, o legislador estabeleceu limites a serem seguidos pelo magistrado, quando da fixação da pena, à luz dos artigos 59, 67 e 68, todos do Código Penal. Logo, somente na terceira fase da dosimetria se admite reduzir a pena para aquém do mínimo legal, quando se aplicam as chamadas majorantes e minorantes, que constituem verdadeiros fatores de aumento ou redução da pena, estabelecidos em frações fixas ou variáveis. A matéria já foi objeto do Enunciado nº 231 da Súmula de nossa Corte Superior.

Do regime prisional: o regime inicial fechado se mostra o mais correto no caso vertente, não pela gravidade abstrata dos delitos, mas sobretudo porque as circunstâncias em que se deram os fatos não se mostram favoráveis ao apelante, cujo envolvimento com a perigosa facção “Comando Vermelho”, responsável por aterrorizar diversas comunidades deste Estado da Federação, traduz maior reprovabilidade da ação e acentuada periculosidade.

Da gratuidade de justiça: a condenação ao pagamento das custas deflui de imposição legal, independentemente da condição financeira do acusado. Nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal, “a sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido”. Eventual pobreza do condenado não tem o condão de impedir a condenação ao pagamento das despesas processuais, cuja exequibilidade deve ser aferida pelo Juízo da Execução Penal, a quem compete apreciar eventual benefício, sobretudo porque existe a possibilidade de haver alteração da situação econômico-financeira do apenado entre a data de sua condenação e o cumprimento de sua pena. A matéria faz parte do Enunciado nº 74 da Súmula da Jurisprudência Predominante deste egrégio Tribunal de Justiça. Como bem destacado pelo Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, “não há se falar em isenção das custas judiciais, ainda que se trate de beneficiário da justiça gratuita, porquanto o art. 804 do Código de Processo Penal determina a condenação do vencido em custas. No entanto, é possível a suspensão da exigibilidade do pagamento, pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do que disciplina o art. 12 da Lei n.º 1.060/1950, devendo a situação econômica do condenado ser aferida pelo Juízo das Execuções” (HC 224414 / MG, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2012).

Do prequestionamento: afigura-se incabível o prequestionamento para fins de eventual interposição de recurso extraordinário ou especial, na medida em que não há nenhuma contrariedade ou negativa de vigência aos dispositivos apontados pela defesa, tampouco violação aos artigos 102, III, e 105, III, da Constituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da República.

Dos demais pedidos: na hipótese dos autos, a substituição da pena privativa de liberdade e a concessão do sursis são expressamente vedadas nos artigos 44, I, e 77, caput, do Estatuto Repressivo.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

No presente *mandamus* (fls. 1/8), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve o regime inicial fechado sem fundamentação idônea, considerando que a suposta participação em organização criminosa não enseja o recrudescimento do regime. Nesse contexto, tratando-se de condenação que não excede 8 anos de reclusão e sendo paciente tecnicamente primário, com as circunstâncias judiciais favoráveis, seria cabível o regime inicial semiaberto.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a alteração do regime prisional para inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 68/72).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de ofício para que seja fixado o regime inicial semiaberto (fls. 77/82).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 427.717 - RJ (2017/0316635-8)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumprе analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca a defesa a fixação do regime inicial menos gravoso, ao fundamento de haver constrangimento ilegal na manutenção do regime inicial fechado.

Quanto ao regime prisional, cumpre asseverar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (STF, HC n. 111.840, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe em 17/12/2013).

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados: HC n. 264.068/RS, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/2/2015; HC n. 274.020/SP, Relator Ministro ERICSON MARANHÃO (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

19/2/2015; e HC n. 299.797/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/12/2014.

No presente caso, o Tribunal *a quo*, ao manter o regime inicial fechado, consignou (fl. 61):

O regime inicial fechado se mostra o mais correto no caso vertente, não pela gravidade abstrata dos delitos, mas sobretudo porque as circunstâncias em que se deram os fatos não se mostram favoráveis ao apelante, cujo envolvimento com a perigosa facção “Comando Vermelho”, responsável por aterrorizar diversas comunidades deste Estado da Federação, traduz maior reprovabilidade da ação e acentuada periculosidade.

Verifica-se, assim, que o regime mais gravoso foi fixado de forma idônea, em razão da gravidade concreta da conduta imputada ao paciente, a qual foi explicitada pelo Tribunal *a quo*.

Tal entendimento está em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte acerca do tema, conforme demonstram os seguintes precedentes, perfeitamente aplicáveis ao caso dos autos:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. 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. Precedentes.

2. 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 DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA RECONHECIDAS NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.

1. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Doutrina. Precedentes.

2. Tendo as instâncias de origem reconhecido, com arrimo no conjunto probatório produzido nos autos, que o paciente integraria organização criminosa estável e permanente, está caracterizado o delito de associação para o tráfico, afastando-se a coação ilegal suscitada na impetração.

3. Para se entender de modo diverso e desconstituir o édito repressivo, como pretendido no writ, seria necessário o exame aprofundado do conjunto probatório produzido nos autos, providência que é inadmissível na via estreita do habeas corpus.

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, o fato de o paciente integrar organização criminosa ligada ao Comando Vermelho, somada ao fato de que com ele foram apreendidas diversas espécies de entorpecentes, justificam a imposição do regime prisional mais severo. *Precedentes.*

3. Habeas corpus não conhecido (HC 420.897/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ELEMENTOS CONCRETOS. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADO.

1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que os delitos de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico restaram plenamente caracterizados. Para se chegar à conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de absolvição, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amalhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

2. Não é possível a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, haja vista que a referida benesse não é aplicável ao réu também condenado pelo crime de associação para o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei. Precedentes.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 8 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelos mesmos motivos, não é cabível a fixação do regime inicial aberto.

4. Não obstante a reprimenda final seja igual a 8 anos de reclusão, é inviável a imposição do regime semiaberto, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito do paciente, a saber, o fato de estar associado a organização criminosa denominada Comando Vermelho e de estar respondendo a outro processo criminal pela prática do delito de tráfico de drogas. De rigor, pois, a manutenção do regime inicial fechado.

5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegado (HC 423.602/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PECULIARIDADES DO CASO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora o recorrente haja sido condenado à reprimenda de 8 anos de reclusão, as circunstâncias em que perpetrados os delitos - a) tráfico de drogas cometido em lugar conhecido por intenso narcotráfico sob o domínio da facção criminosa denominada de "Comando Vermelho"; b) o fato de o agravante estar com um rádio transmissor ligado; c) existência de elementos que indicam a integração do acusado em organização criminosa - evidenciam ser o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e a repressão dos crimes praticados, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *Agravo regimental não provido* (AgRg no HC 399.546/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017).

Ademais, citou o Tribunal *a quo* mencionou a gravidade das circunstâncias nas quais os delitos ocorreram – o réu foi preso em flagrante num conhecido ponto de venda de drogas situado nas proximidades da “Favela do Dique”, quando trazia consigo, para fins de tráfico, 59,3g (cinquenta e nove gramas e três decigramas) de cocaína, distribuídos em 38 (trinta e oito) embalagens plásticas com inscrições do tipo “Complexo da Baixada, O Retorno, Guarani, Vila Rute, Faizão, Embaixador Cruzeiro, Tamanco, C.V.R.L”, além de 01 (um) grama de maconha, acondicionado em 03 (três) pequenos sacos plásticos –, as quais recomendam o regime inicial fechado para a prevenção e a repressão dos delitos perpetrados, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal.

2. Condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos não caracterizam a reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes.

3. A exasperação da pena-base em 6 meses, diante da circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes -, mostra-se razoável e não merece qualquer reparo.

4. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

5. Diante do quantum de pena imposta - 6 anos e 5 meses de reclusão - e dos maus antecedentes do agravante, não há qualquer ilegalidade na imposição do modo mais gravoso.

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 322.686/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 11/9/2015) – (grifei).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. LEGALIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. CONFIRMAÇÃO.

1. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na quantificação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, de modo que a fixação da pena em cinco anos e dez meses de reclusão, na primeira fase da dosimetria, observou a disciplina contida na norma especial.

2. Como é sabido, 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. As instâncias ordinárias, após o exame dos elementos probatórios acostados aos autos, concluíram que o agravante se dedicava às atividades criminosas, de forma que, para afastar tal premissa, seria imprescindível o reexame dos fatos e das provas dos autos, o que é inviável em sede de habeas corpus.

4. Legalidade do regime fechado fixado na origem, não pela hediondez do delito, mas em razão da quantidade e da qualidade da droga apreendida (150g de cocaína), à vista do que dispõe o art. 42 da Lei de Entorpecentes. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 300.677/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 8/9/2015, DJe 29/9/2015) – (grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO APENAS COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL DO §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/1990, JÁ DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA. PACIENTE COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Na espécie, em que pese o regime inicial fechado ter sido estabelecido com base na vedação legal, já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, não há razões para flexibilizá-lo, à luz do art. 33 do Código Penal. Isso porque, a despeito de ter sido condenada à pena de 5 anos e 10 meses, a paciente teve a pena-base estabelecida acima do piso legal, em razão da grande quantidade de drogas apreendidas, circunstância que torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

- Habeas Corpus não conhecido. (HC 298.410/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 22/9/2015, DJe 30/9/2015).

Por fim, não se verifica, no caso, possível alegação de *reformatio in pejus*, porquanto o Tribunal, no espectro de devolução ampla do recurso de apelação, mas sem agravar a situação do paciente, ao respeitar a pena e o regime fixados anteriormente, encontrou motivação própria para manter os termos da sentença.

Diante disso, não há que se desconsiderar a fundamentação apresentada pela Corte local que, ao apresentar fundamentação para manter o regime inicial mais gravoso, explicita as circunstâncias do caso, evidenciando a gravidade concreta do crime, tendo em vista a grande quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas. No mesmo sentido, confira-se, dentre outros, o seguinte precedente desta Corte, perfeitamente aplicável ao caso:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXASPERAÇÃO DA PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No caso dos autos, o Juiz sentenciante, utilizando o critério quantitativo, asseverou que, na terceira fase da dosimetria, a ocorrência de duas qualificadoras importaria aumento de 3/8 sobre as penas.

3. A Corte estadual negou provimento ao recurso de apelação da defesa e manteve exasperação para 3/8, na terceira fase da dosimetria, acrescentando que o delito foi perpetrado por quatro agentes, além do emprego de arma de fogo.

4. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, mas nada obsta que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de *juris dictio* -, encontre motivação própria, respeitados os limites da pena imposta no juízo de origem, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e a extensão cognitiva da sentença impugnada.

5. Não há que invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal - no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apelo - melhor explicita, na terceira etapa da dosimetria, as circunstâncias reveladoras da gravidade concreta do crime e da real periculosidade dos agentes, para a exasperação da pena na fração de 3/8.

6. Habeas corpus não conhecido (HC 318.572/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 1/6/2015).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. NULIDADES. AUSÊNCIA DE PERÍCIA PSICOSSOCIAL NA VÍTIMA. INDAGAÇÃO DIRETA DO JUIZ ÀS PARTES. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ART. 212 DO CPP. MATÉRIAS NÃO SUSCITADAS PELA DEFESA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO E NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO FUNDADO EM CIRCUNSTÂNCIA DIVERSA DA REQUERIDA NO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. IDADE DA VÍTIMA. CRIANÇA COM 6 (SEIS) ANOS NA DATA DOS FATOS. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA (CULPABILIDADE). AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - Verifica-se dos autos que as nulidades ora suscitadas - ausência de perícia psicossocial na vítima e inquirição direta da vítima e das testemunhas pelo d. Juiz de primeiro grau, em afronta ao art. 212 do Código de Processo Penal - não foram alegadas pela defesa nas razões de apelação e nem apreciadas pelo eg. Tribunal de origem, ficando impedida esta Corte de proceder à análise das matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

III - O efeito devolutivo da 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. Neste aspecto, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação destas, sem que se incorra em reformatio in pejus. É permitido ao Tribunal adotar fundamento diverso do alegado no apelo do Ministério Público para exasperar a pena-base.

IV - Conquanto a idade da vítima já tenha sido considerada para a presunção de violência e para a incidência do quantum de pena em abstrato (art. 214, parágrafo único e art. 224, "a", na antiga redação, todos do Código Penal), a tenra idade da criança, com apenas 6 (seis) anos na data dos fatos, demonstra maior reprovabilidade da conduta do paciente, devendo ser punido com maior rigor do que se tivesse praticado o delito contra uma vítima de 12 (doze) ou 13 (treze) anos de idade, cuja capacidade de discernimento e resistência é superior à de uma criança de tenra idade. Ademais, a culpabilidade também foi tida por desfavorável por ter o paciente praticado o delito com abuso de confiança nele depositada pelos pais da vítima, fundamento que, por si só, já seria idôneo para desabonar a culpabilidade e majorar a pena-base.

Habeas corpus não conhecido (HC 357.669/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RERFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTO ACRESCIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIAS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. MODO SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT 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, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da reformatio in pejus, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu. Precedentes.

3. 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 integrarem organizações criminosas.

4. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva. Precedentes.

5. Hipótese em que a instância antecedente negou, motivadamente, a aplicação do redutor diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada na existência de outras ações penais em curso pelos delitos de porte ilegal de armas e de lesão corporal. Logo, a modificação desse entendimento, a fim de 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. Mantido o quantum da reprimenda imposta em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

7. Não tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos, subsiste a determinação da execução provisória da pena, nos termos HC n. 126.292/SP do STF. 8.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus não conhecido (HC 397.292/PB, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017).

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0316635-8

HC 427.717 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02544420220158190001 2544420220158190001

EM MESA

JULGADO: 06/02/2018

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. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : DOUGLAS SOUZA 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.