



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.846 - ES (2015/0004171-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : RONI LUIZ DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL, PROCESSOS EM ANDAMENTO E INQUÉRITOS POLICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ FUNDAMENTO INIDÔNEO. PACIENTE PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX, da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

3. Há ilegalidade na dosimetria, porquanto os fundamentos utilizados para a culpabilidade, circunstâncias e consequências não são idôneos. Isso porque, *sendo gravíssimo o dolo do acusado, (...) circunstâncias desfavoráveis, consequências socialmente graves, pela própria característica nefasta do tráfico de entorpecentes que gera o caos social (...)*, são argumentos vagos e inerentes ao tipo penal do tráfico, devendo, por isso, serem afastados.

4. Quanto à conduta social e personalidade, verifico que foi utilizado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para valorar negativamente essas circunstâncias "diversos inquéritos policiais e ações penais", o que não se presta a exasperar a pena-base, por ocasião do enunciado n. 444 da Súmula desta Corte Superior.

5. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 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.

6. No caso, o fundamento utilizado para fixar o regime prisional fechado não é idôneo, pois baseado na hediondez do delito. Assim, tratando-se de réu primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, o paciente faz jus ao regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial semiaberto.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.846 - ES (2015/0004171-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : RONI LUIZ DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de RONI LUIZ DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Apelação n. 024232-27.2012.8.08.0012).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado. Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso (fls. 53/63).

No presente *writ*, a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista a exasperação da pena-base, bem como a fixação do regime mais gravoso.

Sustenta que os fundamentos utilizados para aumentar a pena-base são idôneos, porquanto desprovidos de elementos concretos, baseados em elementos inerentes ao próprio tipo penal do tráfico. Afirma que, em relação ao regime fixado, a hediondez não é fundamento válido para estabelecer o regime mais gravoso.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, o redimensionamento da pena e a fixação do regime mais brando.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 67/69.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 88/96, pela denegação do *habeas corpus*:

Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento, nos termos da nova orientação firmada pelo STJ. Tráfico. Pedidos de fixação da pena-base no mínimo legal e fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais brando. inviabilidade. Fundamentação suficiente. Reprimenda imposta segundo o critério trifásico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Circunstâncias do crime. Natureza e quantidade das drogas apreendidas (13 pedras de crack e 1 1 buchas de maconha).

Pelo não conhecimento da impetração e, caso conhecida, pela denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.846 - ES (2015/0004171-9)

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, em princípio, 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 exasperação da pena-base e na fixação do regime mais gravoso.

A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX, da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficientes referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

No caso dos autos, as instâncias ordinárias fixaram a pena-base nos seguintes termos:

Passo à dosimetria das penas, nos moldes do art. 68 do Código Penal:

Culpabilidade provada, sendo gravíssimo o dolo do acusado, empenhado no comércio de entorpecentes; tecnicamente primário; conduta social e personalidade comprometidas e voltadas à prática criminosa (fl. 117); motivos não esclarecidos; circunstâncias desfavoráveis; consequências socialmente graves, pela própria característica nefasta do tráfico de entorpecentes, que gera o caos social; a vítima é a sociedade, que não contribuiu para a conduta do acusado; as condições econômicas do acusado não são boas. (Sentença fl. 26)

Em relação à redução da pena, porque supostamente excessiva, melhor sorte não lhe assiste.

Isto porque o Juízo a quo, ao dosar o critério trifásico de aplicação da pena, utilizou-o de maneira eficaz, sólida e adequada aos ditames constitucionais e legais aplicáveis à espécie, respeitando-se integralmente o art. 5º, inciso XLVI, bem como o art. 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, além dos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal, todos, frise-se, relacionados à dosimetria da pena.

In casu reconheceu em desfavor do acusado ao menos 3 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis, as quais foram devidamente motivadas de modo negativo.

Logo impossível estabelecer o mínimo legal para a conduta contra si imposta diante da existência de circunstâncias judiciais negativas, daí porque o ilustre magistrado agiu com extremo acerto ao sopesá-la acima do mínimo, estipulando a pena-base para o delito de tráfico em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão - lembrando que a pena in abstracto varia entre 5 e 15 anos de reclusão -, além de multa no patamar de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, na base unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. (Acórdão fls. 61/62).

Da leitura do trechos supracitados, verifica-se que o juízo de primeiro grau exasperou a pena-base em 6 meses, tendo em vista a culpabilidade, conduta social,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade, circunstâncias e consequências. O Tribunal local manteve a exasperação.

Contudo, verifico ilegalidade na dosimetria, porquanto os fundamentos utilizados não são idôneos. Isso porque, *sendo gravíssimo o dolo do acusado, (...) circunstâncias desfavoráveis, consequências socialmente graves, pela própria característica nefasta do tráfico de entorpecentes que gera o caos social (...)*, são argumentos vagos e inerentes ao tipo penal do tráfico, devendo, por isso, serem afastados.

Quanto à conduta social e personalidade, verifico que o Tribunal consignou, à fl. 61, que a certidão acostada à fl. 117 – que foi utilizada para valorar negativamente essas circunstâncias – diz respeito a "diversos inquéritos policiais e ações penais", o que não se presta a exasperar a pena-base, por ocasião do enunciado n. 444 da Súmula desta Corte Superior. Dessa forma, essas circunstâncias também deve ser afastadas.

Assim, o patamar deve retornar ao mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão.

Passo a refazer a dosimetria da pena. Na primeira fase, pelas razões acima, redimensiono a pena-base para o mínimo legal de 5 anos de reclusão, patamar que se torna definitivo ante a ausências de agravantes e atenuantes na segunda fase e causas de aumento e diminuição na terceira fase.

Por fim, em relação ao regime, como é cediço, 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.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse mesmo sentido, as Súmulas n. 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, assim foi consignado pelas instâncias ordinárias:

A pena privativa de liberdade será, inicialmente, cumprida no regime FECHADO (art. 33, §2º, "a", do Código Penal c/c art. 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90), sendo incabível a progressão de regime/detração nos termos do art. 387, §2º do CPP, acrescentado pela Lei 12.736/2012, no caso sub judice, uma vez que o tempo de prisão provisória cumprido pelo apelante não influenciará o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade (art. 2º, §2º da Lei 8.072/90), bem como não há nos autos atestado de boa conduta carcerária para se analisar o requisito subjetivo. (Sentença fl. 26)

E ainda, o nobre julgador fundamentou adequadamente o regime de cumprimento de pena para o acusado, atentando-se para todo o contexto fático do crime praticado, concluindo acertadamente pelo regime inicial fechado. (Acórdão fl. 62)

Dessa forma, constata-se que os fundamentos utilizados para fixar o regime prisional fechado são inidôneos, pois baseados na hediondez do delito.

Assim, tratando-se de réu primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da diminuta quantidade de droga apreendida – 3,5g de *crack* e 24g de maconha –, o paciente faz jus ao regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para reduzir a pena para **5 anos de reclusão**, bem como para fixar o regime semiaberto.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0004171-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 313.846 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0242322720128080012 242322720128080012 44772012 9242012

EM MESA

JULGADO: 06/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	RONI LUIZ DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.