



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 334.228 - SC (2015/0210602-3)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LUIZ HENRIQUE GOMES CORDEIRO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela 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. Todavia, 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. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

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. Não é possível constatar flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, pois, embora a sua pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável, a qual levou à fixação da pena-base acima no mínimo legal, indica que o modo intermediário de execução mostra-se adequado na espécie.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito mostra-se possível quando atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

2. Inviável acoimar de ilegal o acórdão impetrado que indeferiu ao paciente a substituição da reprimenda, pois, não obstante a quantidade de pena aplicada seja inferior a 4 (quatro) anos, não se encontram preenchidos os pressupostos legais, haja vista a pena-base ter sido fixada acima do mínimo legal, em razão de circunstância judicial desfavorável.

PEDIDO DE AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA. ACUSADO QUE NÃO TERIA CONDIÇÕES DE PAGÁ-LA. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VIOLAÇÃO OU AMEAÇA DE VIOLÊNCIA AO DIREITO AMBULATORIO. VIA INADEQUADA.

1. A imposição de pena de multa ao paciente não tem o condão, por si só, de caracterizar ofensa ou ameaça à sua liberdade de locomoção, razão pela qual não é cabível o manejo do *habeas corpus*, uma vez que, caso descumprida, não poderá ser convertida em reprimenda privativa de liberdade, nos termos do artigo 51 do Código Penal. Inteligência do enunciado 693 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. *Habeas Corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 334.228 - SC (2015/0210602-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LUIZ HENRIQUE GOMES CORDEIRO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de LUIZ HENRIQUE GOMES CORDEIRO, contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que proveu parcialmente a Apelação n. 2015.039796-1, a fim de redimensionar a reprimenda para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que seria devido o abrandamento do modo prisional para o aberto, tendo em vista a favorabilidade da maioria das circunstâncias judiciais, não podendo a natureza da droga obstaculizar a concessão desse benefício.

Aduz que seria possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, porquanto o paciente preencheria os requisitos objetivos previstos no art. 44, da CP.

Defende que deveria ser reconhecida a inconstitucionalidade da pena de multa fixada, por malferir os princípios da igualdade, da individualização da pena e da intranscendência da reprimenda, em razão de não observar a hipossuficiência e as condições econômicas do agente.

Requer a concessão da ordem constitucional a fim de que seja fixado o regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito e afastada a multa aplicada.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 334.228 - SC (2015/0210602-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de Apelação perante a Corte de origem, a qual lhe proveu parcialmente, a fim de redimensionar a reprimenda para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e multa, mantido, no mais, o édito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatório.

No tocante ao regime inicial de execução, o Tribunal de origem, manteve o modo intermediário consignando que:

"Quanto ao pedido de abrandamento do regime de resgate da reprimenda formulado pelo acusado em sede de apelo, entende-se que não merece deferimento.

[...]

No caso em tela, além das circunstâncias judiciais não serem de todo favoráveis, verifica-se que o réu/apelante confessou que exercia o comércio ilegal de entorpecentes há 02 (dois) meses no intento de sustentar o seu vício, já que é usuário de "crack".

Tal cenário, portanto, indica o regime semiaberto como o que melhor se adequa à hipótese, exatamente conforme fixado sentencialmente. O abrandamento do regime prisional para a modalidade aberta a meu sentir, mostrar-se-ia incompatível com a repressão que o crime em questão merece." (e-STJ fls. 40-41)

Acerca do tema, cumpre salientar que, a teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, sua escolha não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da reprimenda corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto, especialmente o contido no art. 59 do CP.

Assim, não se pode considerar ilegal o acórdão impugnado no ponto em que deixou de fixar o regime aberto, pois, embora a reprimenda tenha sido definitivamente estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, verifica-se a presença de circunstância judicial desfavorável, tendo a pena-base sido fixada acima do mínimo legal, conforme se verifica da leitura do seguinte trecho do aresto impetrado, *verbis*:

"Nesse contexto, filiando-me ao novo entendimento jurisprudencial, mantendo a majoração efetuada pela alta nocividade da droga apreendida - 'crack'- na primeira fase da dosimetria e, conseqüentemente, reduzo a benesse descrita no § 4º, do art. 33 da Lei de Tóxicos em seu patamar máximo" (e-STJ fl. 40).

Correta, portanto, a imposição do modo intermediário, nos termos em que apresentados, os quais corroboram, inclusive, ser este o único apto a prevenção e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

repressão do delito denunciado no caso concreto, consoante o disposto no art. 33 do Código Penal.

Nesse sentido, são os precedentes:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. SÚMULA N. 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

- A presença de circunstância judicial desfavorável justifica a imposição do regime prisional semiaberto, a despeito de a pena aplicada ser inferior a quatro anos.

- Incide o Enunciado n. 83 do STJ quando a decisão proferida pelo Tribunal de origem encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 755.696/MG, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 04/12/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. REITERAÇÃO DE PEDIDO. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, §2º, B E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

VII - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto nos artigos 33, §§2º e 3º, do Código Penal, e artigo 42 da Lei 11.343/2006, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais desfavoráveis.

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício tão somente para, confirmando a liminar, fixar o regime semiaberto de cumprimento de pena, ex vi dos artigos 33, §2º, b, e §3º, do Código Penal e 42 da Lei 11.343/2006.

(HC 325.629/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 20/10/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RESP. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. LEGALIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. OCORRÊNCIA. BIS IN IDEM. ILEGALIDADE CONFIGURADA. DIMINUIÇÃO DA PENA. ESTABELECIMENTO DO REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

7. O quantum da condenação (2 anos e 4 meses), a primariedade e a análise parcialmente desfavorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, conforme art. 33, § 2º, alínea b, do CP.

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

(HC 271.067/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 14/09/2015)

No que tange à pretensa substituição da pena, tem-se que a impossibilidade de conversão em restritivas de direito foi mantida diante do não preenchimento dos requisitos legais, destacando que a benesse não seria suficiente à reprovação e prevenção do delito, haja vista a habitual traficância exercida pelo paciente, *in verbis*:

"A almejada substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, de igual modo, demonstra-se manifestamente inaplicável, porquanto comprovada a habitualidade da narcotraficância pelo réu/apelante e, ainda, a potencial lesividade do entorpecente apreendido. Desse modo, face a exigência do art. 44, III, do Código Penal, não há falar em substituição." (e-STJ fl. 41).

Outrossim, verifica-se que a sentença condenatória dosou a pena-base em patamar acima do mínimo legalmente previsto (e-STJ fl. 275), entendimento corroborado pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fl. 40), o que afasta a possibilidade de concessão do benefício pelo não preenchimento dos requisitos do art. 44 do CP.

Assim, não preenchendo o paciente os pressupostos exigidos, não há coação ilegal a ser sanada de ofício por este Superior Tribunal.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NATUREZA DA DROGA. REGIME MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE.

A fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, na linha do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, pode ensejar, como no caso, a fixação de regime mais gravoso e a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos. (Precedentes).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 644.493/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NEGATIVA INJUSTIFICADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. No caso, entende-se que a quantidade e espécie de droga apreendida em poder do paciente - **2,8 g de cocaína** -, por si sós, não permitem concluir que o acusado se dedique a atividades criminosas.

6. Assim, tratando-se de réu primário, com bons antecedentes, e sendo as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal todas favoráveis ao paciente, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, a quantidade de droga apreendida, isoladamente, não tem o condão de afastar a aplicação do disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

7. Em razão da natureza da substância entorpecente, a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não pode ser aplicada em seu patamar máximo, a teor do disposto no art. 42 do mesmo diploma legal, devendo incidir em percentual diverso, ou seja, em 1/3 (um terço).

8. Não se revela socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena, tendo em vista principalmente a espécie de droga apreendida, altamente nociva ao usuário e à sociedade, exigindo, portanto, maior rigor na repressão.

[...]

(AgRg no HC 291.375/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 01/10/2014)

Desta forma, verifica-se que a manutenção do regime inicial semiaberto e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos encontram-se devidamente justificadas, não havendo ilegalidade a reparar.

Por fim, quanto ao pedido de afastamento da pena pecuniária, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessário ressaltar que o pleito não caracteriza ofensa ou ameaça à liberdade de locomoção do paciente, razão pela qual é incabível o manejo do *habeas corpus* neste ponto, seguindo o entendimento do STF, que assim dispôs na Súmula 693:

"Não cabe "habeas corpus" contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada."

Nesse norte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI 11.343/06. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NEGADA. FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ANÁLISE PREJUDICADA. PENA DE MULTA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

[...]

5. O habeas corpus não é via idônea à pretensão de afastamento da pena de multa, ante a ausência de ameaça/violação à liberdade de locomoção, porquanto a sanção pecuniária, caso seja descumprida, não poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, a teor do art. 51 do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastado o óbice utilizado para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 - a existência de feito criminal em curso -, determinar ao Juízo da execução que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa, nos termos do art.

44 do Código Penal, e de fixação de regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

(HC 297.375/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0210602-3

HC 334.228 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0029920140501 01393054420148240008 082015001712329 1393054420148240008
20150397961 20150397961000000 2991400808 29920140501 82015001712329

EM MESA

JULGADO: 04/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: LUIZ HENRIQUE GOMES CORDEIRO (PRESO)
CORRÉU	: FABIO COSTA FRAGA

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 Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.