



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 332.638 - SC (2015/0195918-1)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
AGRAVANTE : FABIO COSTA FRAGA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ORDEM IMPETRADA EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ADEQUADO. NÃO CABIMENTO. ATUAÇÃO DE OFÍCIO PARA SANAR ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, firmou entendimento no sentido de não mais admitir habeas corpus para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento da apelação, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. Todavia, o constrangimento apontado na inicial foi analisado e, verificando-se a ausência de flagrante ilegalidade, tornou-se inviável a concessão da ordem de ofício, sendo imperiosa a negativa de seguimento do *writ* por esta Superior Corte de Justiça. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO. *QUANTUM* MITIGADO. QUANTIDADE E NATUREZA DO ESTUPEFACIENTE APREENDIDO APONTADAS EM MOMENTOS DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. COAÇÃO NÃO VERIFICADA.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

2. No caso dos autos, a natureza dos entorpecentes foi considerada no cálculo da pena-base, sendo que, na terceira fase da dosimetria, o Sodalício *a quo* ressaltou, exclusivamente, a quantidade da droga como fundamento para fixar a fração em 1/2 (metade) para o redutor especial previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, entendimento que está de acordo com a jurisprudência deste Sodalício sobre o tema.

REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCRETA DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MODO INTERMEDIÁRIO JUSTIFICADO. ALEGADO *BIS IN IDEM* NA MOTIVAÇÃO DO MODO PRISIONAL MAIS GRAVOSO. INOVAÇÃO DE TESE JURÍDICA. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DESTA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

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

2. Na hipótese, a necessidade de imposição de regime prisional semiaberto foi devidamente fundamentada na gravidade concreta do delito cometido, reveladora da maior periculosidade do agente, tendo a pena-base sido firmada acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável.

3. É inadmissível a apreciação, em sede de agravo regimental, de tese que não foi alegada na inicial do remédio constitucional, pois à parte é vedado inovar quando da interposição do recurso interno, consoante jurisprudência deste Tribunal Superior. Precedentes.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NÃO PREENCHIMENTO. REPROVABILIDADE DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRECEDENTES DESTE STJ. RECURSO IMPROVIDO.

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

2. No presente caso, o Tribunal impetrado apontou não estarem preenchidos os pressupostos necessários à conversão da pena privativa de liberdade, haja vista a gravidade concreta do crime noticiado e a existência de circunstância judicial desfavorável, a qual impôs a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

3. Agravo Regimental improvido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 332.638 - SC (2015/0195918-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **FABIO COSTA FRAGA (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por FABIO COSTA FRAGA contra decisão que negou seguimento ao *habeas corpus*, por ser não se verificar ilegalidade a ser sanada por este Tribunal Superior.

Sustenta o agravante que, ao contrário do que fora concluído no *decisum*, o presente caso seria hipótese de cabimento do remédio constitucional, em razão de o ordenamento jurídico não prever qualquer limite à possibilidade de impetração.

Defende que a decisão agravada merece reforma, porquanto a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, deveria ter sido aplicada em seu grau máximo, haja vista que a consideração da natureza da droga apreendida tanto na primeira como na terceira fase da dosimetria, configuraria indevido *bis in idem*.

Aduz que o *quantum* e a natureza dos entorpecentes não poderiam ter sido utilizados para justificar o modo prisional mais gravoso, haja vista a impossibilidade de uso da mesma justificativa mais de uma vez, sob pena de caracterizar *bis in idem*.

Alega que seria cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por estarem preenchidos os requisitos legais.

Requer, dessa forma, a reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, o provimento do presente recurso, concedendo-se a ordem mandamental pretendida.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 332.638 - SC (2015/0195918-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca-se no regimental a reforma da decisão que negou seguimento ao *mandamus*, no qual se pretendida a redução da reprimenda imposta, modificação do regime prisional e conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 292 (duzentos e noventa e dois) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Não se conformando, a defesa interpôs recurso de Apelação perante a Corte de origem, que lhe negou provimento, mantido o édito condenatório na íntegra.

Impetrou-se *habeas corpus* contra o aludido acórdão, pleiteando a sua reforma e, por conseguinte, o redimensionamento da reprimenda, fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Posteriormente, em decisão monocrática foi negado seguimento ao *mandamus*, restando assinalado que:

"[...] constata-se que apenas a natureza de entorpecente apreendido foi utilizada para justificar a exasperação procedida na primeira fase da dosimetria, sendo que, na terceira etapa, a Corte impetrada enfatizou o volume das drogas como fundamento suficiente para fixar a fração de 1/2 (metade) da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Assim, nota-se que foram utilizados fundamentos distintos para exasperar a reprimenda básica e mitigar a aplicação do redutor especial, não havendo que se falar em bis in idem na valoração de tais quesitos, porquanto é vedado a adoção dos mesmos critérios em fases distintas, e in casu foram utilizados parâmetros diversos.

[...]

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 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, verifica-se a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, tendo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base sido fixada acima do mínimo legal (e-STJ fl. 37). 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 repressão do delito denunciado no caso concreto, consoante o disposto no art. 33 do Código Penal.

[...]

De fato, as circunstâncias do delito evidenciam que, in casu, a negativa da permuta encontra-se justificada, pois a conversão da sanção reclusiva não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado". (e-STJ fl. 366-371)

Insurge-se o recorrente contra a inviabilidade de utilização do *habeas corpus* no presente caso, a manutenção do redutor do § 4º, art. 33, da Lei n.º 11.343/06 em 1/2 (metade), o regime inicial semiaberto e a impossibilidade de permuta da reprimenda.

Todavia, a irresignação não comporta acolhimento.

Com efeito, a decisão agravada atestou a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, tendo em vista que 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.

Contudo, o constrangimento apontado na inicial foi analisado e, verificando-se a ausência de flagrante ilegalidade, tornou-se inviável a concessão da ordem de ofício, sendo imperiosa a negativa de seguimento do *writ*, nos termos dos arts. 38, Lei 8.038/90, e 34, inciso XVIII, do Regimento Interno deste Superior Tribunal.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. VIA INADEQUADA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÕES DE NULIDADE POR SUPOSTA INFRINGÊNCIA AO ART. 402 DO CPP E DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO. QUESTÕES NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

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, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 330.644/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015)

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DE PROVAS. VIA ELEITA INADEQUADA. 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.

[...]

4. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 330.193/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015)

No tocante à alegação de que teria havido *bis in idem*, tendo em vista a consideração da natureza e da quantidade de estupefaciente apreendido em momentos distintos do cálculo da pena, melhor sorte não assiste ao agravante.

Como asseverado na decisão agravada, não se desconhece o entendimento fixado pela Suprema Corte, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime de repercussão geral, de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

Sobre a questão, colaciona-se o excerto do acórdão impugnado, no qual o Tribunal de origem tratou da questão, *in verbis*:

"Em análise à dosimetria efetuada em primeiro grau, vê-se que a reprimenda não merece adequações.

Infere-se da primeira fase de aplicação da pena que, em observância às circunstâncias delineadas no art. 59, caput, do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06, a Togada sentenciante considerou como desfavorável ao recorrente tão somente as circunstâncias do crime (art. 42 da Lei de Tóxicos), considerando que "o crack



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possui grande potencial lesivo, causando transtornos no sistema cardiovascular, sistema nervoso central e, ainda, trazendo grandes efeitos comportamentais [...]" (fl. 179).

Analizando a justificativa aventada, observa-se que o aumento da reprimenda pelas circunstâncias do crime fora escorreitamente perfectibilizado, porque a natureza nefasta e a alta nocividade do "crack" não podem deixar de ser mensuradas. Tais justificativas, aliás, estão previstas no próprio art. 42 da Lei de Tóxicos, que determina que o juiz, na fixação das penas, deve atentar, entre outros elementos, à natureza da substância.

[...]

Quanto ao § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, diferentemente do que entende a defesa do réu/apelante, a causa especial de diminuição da pena fora fixada pela Togada sentenciante sem qualquer violação ao princípio do non bis in idem e em patamar apropriado ao caso - 1/2 (um meio) -, mostrando-se suficiente à repressão do crime em comento.

[...]

No caso em comento, levando-se em consideração que foi encontrado um total de 11,2 g (onze gramas e dois decigramas) de "crack", dos quais 3,9 g (três gramas e nove decigramas) estavam em poder do réu/apelante (fls. 10 e 87), entende-se que o patamar de 1/2 (um meio) mostra-se suficiente e razoável, não devendo sofrer correção" (e-STJ fls. 285-287).

Assim, da leitura do trecho supra, constata-se que apenas a natureza do entorpecente apreendido foi utilizada para justificar a exasperação na primeira fase da dosimetria, sendo que, na terceira etapa, a Corte impetrada enfatizou o volume da droga como fundamento suficiente para manter a fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em 1/2 (metade).

Dessa forma, nota-se que foram utilizados argumentos distintos para majorar a reprimenda básica e mitigar a aplicação do redutor especial, não sendo possível, portanto, o provimento do recurso quanto ao ponto, tendo que em vista ser inexistente o *bis in idem* alegado.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE
REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. NATUREZA E
QUANTIDADE DA DROGA. FATOS VALORADOS EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIFERENTES MOMENTOS DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. CRITÉRIO DIFERENCIADOR DO TRÁFICO E CONSUMO DE DROGAS. ELEMENTO PROBATÓRIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Não configura bis in idem a valoração na pena-base da natureza da droga (cocaína) e, na dosimetria da minorante, da quantidade da droga.

3. Indicação da natureza ou quantidade da droga como critério diferenciador do tráfico ou consumo pessoal de drogas não constitui valor de dosimetria, mas elemento probatório do crime, assim tampouco gerando bis in idem.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 295.505/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 03/10/2014)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA FIXADA EM 2 (DOIS) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PERCENTUAL DE DIMINUIÇÃO JUSTIFICADA COM BASE NA QUANTIDADE E VARIEDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC 111.840). POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- A dosimetria da reprimenda deriva de certo grau de discricionariedade por parte das instâncias originárias. **No caso, o percentual de redução (metade) referente a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, encontra-se suficientemente justificado na quantidade e variedade do entorpecente apreendido, elementos não valorados na aplicação da pena-base (ausência de bis in idem).**

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que ao Juízo das Execuções examine, à luz do art. 44 do Código Penal, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena".

(HC 288.376/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 12/08/2014, DJe 25/08/2014)

No que se refere ao modo inicial de execução da reprimenda, conforme destacado na decisão agravada, a jurisprudência reiterada deste Sodalício é no sentido de que a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao total da pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

Na hipótese, o Tribunal de origem fundamentou a manutenção do sistema prisional semiaberto relatando que *"a especial gravidade concreta de que se reveste o delito praticado pelo réu/apelante - caracterizada, sobretudo, pela nefasta natureza do entorpecente apreendido, em quantidade relativamente razoável - denota a adequação do regime semiaberto"* (e-STJ fl.

E, assim procedendo, inexistente ilegalidade a ser sanada de ofício, pois, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a reprovabilidade concreta do delito cometido autoriza a imposição do regime carcerário mais severo.

Nesse diapasão, tem-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. VALORAÇÃO DE PROVA. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME. TENTATIVA. PERCENTUAL DE DIMINUIÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO OBSERVADO. ALTERAÇÃO DO QUANTUM ADOTADO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DO QUE O ADMITIDO PELA PENA APLICADA. GRAVIDADE CONCRETA. MANUTENÇÃO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

[...]

3. No caso, o regime inicial mais gravoso foi determinado com base na gravidade concreta do crime praticado, sendo apontadas razões específicas para justificar a medida. Dessa forma, não há como ser alterada a conclusão das instâncias ordinárias. Precedentes.

[...]

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1497039/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 06/02/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. [...] TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL. RECURSO IMPROVIDO.

[...]

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias concluíram de forma fundamentada quanto à necessidade de imposição de regime prisional fechado, diante da gravidade concreta do delito cometido, reveladoras da maior periculosidade da agente.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 319.631/MS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 25/08/2015)

Ademais, conforme asseverado no *decisum* agravado, 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 desfavorabilidade de circunstância judicial, tendo a pena-base sido fixada acima do mínimo legal (e-STJ fl. 285).

Nesse norte, são os precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE, COM REDIMENSIONAMENTO DA SANÇÃO. USO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. OCORRÊNCIA.

[...]

6. O regime semiaberto deve ser mantido, visto que persistem circunstâncias judiciais desfavoráveis, as quais, inclusive, motivaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal (art. 33, §§ 2º e 3º, do CP).

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena para 3 anos, 8 meses e 13 dias de reclusão, e pagamento de 122 dias-multa, mantido o regime semiaberto, e decretar a extinção da punibilidade do paciente, em razão da prescrição da pretensão punitiva.

(HC 238.664/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 21/05/2015)

HABEAS CORPUS. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. ELEMENTO INERENTE AO CRIME CONSUMADO. ILEGALIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DE PROCESSO EM CURSO E ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXPRESSIVO PREJUÍZO À VÍTIMA. FUNDAMENTO VÁLIDO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESFAVORÁVEL. SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM PARTE. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

6. **Desfavorável uma das circunstâncias do art. 59 do CP, é cabível a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva aos réus, primários, condenados à pena inferior a 4 anos, art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.**

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena dos pacientes a 2 anos e 6 meses de reclusão.

(HC 224.037/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 27/04/2015)

Outrossim, no que se refere à alegação de que seria *bis in idem* a utilização da quantidade e da natureza da droga para justificar o modo mais gravoso do regime prisional, é possível constatar que tal arguição foi trazida à discussão somente agora, em sede de agravo regimental, caracterizando, portanto, inovação recursal.

Desta forma, não pode ser examinada por esta Corte Superior, conforme reiterada jurisprudência.

A propósito, trago à colação o seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONVOLAÇÃO DO AGRAVO EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. RESPOSTA PRELIMINAR DO PROCEDIMENTO DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. DESNECESSIDADE. INQUÉRITO POLICIAL QUE ANTECEDEU A AÇÃO PENAL. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO N. 330, DA SÚMULA DO STJ. NÃO REALIZAÇÃO DE SUSTENTAÇÃO ORAL NA SESSÃO DE JULGAMENTO DO MANDAMUS ORIGINÁRIO. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO PRÉVIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É vedado, em sede de agravo regimental ou embargos de declaração, ampliar a quaestio veiculada no recurso, inovando questões não suscitadas anteriormente.

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC 57.927/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 30/09/2015)

Quanto à substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, não merece reforma a decisão impugnada, pois, para se proceder à permuta, necessário se faz o preenchimento das condições objetiva e subjetiva à concessão da benesse, previstas no art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, verifica-se que o Tribunal de origem asseverou que, diante da gravidade da conduta, além da existência de circunstância judicial desfavorável, a conversão mostrar-se-ia insuficiente à prevenção e repressão do crime noticiado, conforme acórdão proferido nos seguintes termos:

"Na hipótese sob exame, consoante o já exposto, as circunstâncias do delito igualmente indicam pela insuficiência da referida providência, diante da potencialidade lesiva do entorpecente apreendido e da razoável quantidade, deixando de ser preenchida, portanto, a exigência estabelecida no artigo 44, III, do Estatuto Repressivo" (e-STJ fls. 288-289).

Desta feita, não há falar em modificação do *decisum*, porquanto a apontada gravidade do delito cometido e a fixação da pena-base acima do mínimo legal afastam a possibilidade de concessão do benefício pelo não preenchimento dos requisitos legais.

Acerca do tema, têm-se:

HABEAS CORPUS. ART. 125, XII, DA LEI N.º 6815/80, E ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) REGIME INICIAL ABERTO. APLICAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. (3) SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. (4) DEVOLUÇÃO DE PASSAPORTE. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO INVIABILIDADE. (5) NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. A presente ação constitucional não se reveste de indispensável requisito formal, qual seja, o interesse de agir, no tocante ao pleito de aplicação do regime inicial aberto, uma vez que o referido regime foi estabelecido expressamente pelo magistrado e ratificado pelo Tribunal de origem.

3. O artigo 44 do Código Penal estabelece requisitos que, se preenchidos, autorizam a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Todavia, verifica-se que o magistrado arrolou elementos concretos, os quais indicam a insuficiência da medida no caso em apreço, evidenciando o não preenchimento da hipótese do inciso III do referido artigo.

4. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre tema não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

enfrentado pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, a questão relativa à devolução dos passaportes não foi enfrentada na Corte a quo.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 284.907/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 13/10/2014)

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. PORTE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO INICIAL DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE E PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (CP, ART. 33, §§ 2º E 3º).

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

03. Será permitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se, entre outros requisitos, "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente" (CP, art. 44, inc. III).

Não se presta o habeas corpus para a reavaliação dos pressupostos fáticos que autorizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A discricionariedade conferida ao juiz só pode ser corrigida quando evidente a "ilegalidade ou abuso de poder" (CR, art. 5º, inc. LXVIII).

[...]

05. Habeas corpus não conhecido.

(HC 276.690/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 25/05/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. VEÍCULO. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO DE AGENTES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DOSIMETRIA. ATOS INFRACIONAIS E PROCESSOS EM TRÂMITE PARA ELEVAR A PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SÚMULA 444 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PERMANÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

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, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem de ofício.

2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n. 1.079.847/SP, firmou a orientação de que "a subtração de objetos localizados no interior de veículo automotor, mediante o rompimento ou destruição do vidro do automóvel, qualifica o furto" (Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe, 5.9.2013).

3. Tendo as instâncias ordinárias entendido que resta configurado o concurso de agentes, o afastamento de tal qualificadora demandaria análise do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via estreita do presente mandamus.

4. Somente em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça procede ao reexame da individualização da sanção penal, notadamente quando é flagrante a ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal ou a ausência de fundamentação.

5. As instâncias ordinárias utilizaram ato infracional e processo ainda em trâmite para aumentar a pena-base, em dissonância com o entendimento firmado por esta Corte de Justiça.

6. Persistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, com fundamento no art. 44, III, do Código Penal, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar o uso de ações de trâmite e atos infracionais como circunstância judicial desfavorável, fixando a pena em 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 dias-multa.

(HC 182.279/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 19/06/2015)

Com efeito, a decisão agravada, de modo fundamentado, deliberou acerca da impossibilidade de modificação do aresto impugnado, não havendo falar em ilegalidade a ser sanada por este Tribunal Superior.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao agravo regimental.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0195918-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 332.638 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00020371120158240008 013930544201480008 13930544201480008 20140918906
20150227970 20371120158240008

EM MESA

JULGADO: 12/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

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 : FABIO COSTA FRAGA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
CORRÉU : LUIZ HENRIQUE GOMES CORDEIRO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FABIO COSTA FRAGA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.