



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.217 - SP (2017/0042873-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : RENATO JOSE ROZA E OUTROS
ADVOGADO : RENATO JOSÉ ROZA E OUTRO(S) - SP236474
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIA DE FATIMA OLIVEIRA

EMENTA

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

2. Contudo, 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. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

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, a gravidade concreta do crime, evidenciada pela diversidade e natureza das drogas apreendidas, circunstância, inclusive, utilizada para majorar a pena-base, justifica a imposição do modo prisional semiaberto.

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

Brasília (DF), 16 de maio de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.217 - SP (2017/0042873-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : RENATO JOSE ROZA E OUTROS
ADVOGADO : RENATO JOSÉ ROZA E OUTRO(S) - SP236474
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIA DE FATIMA OLIVEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de MARIA DE FATIMA OLIVEIRA contra acórdão proferido pela 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0022737-49.2014.8.26.0602, a fim de manter sua condenação à pena para 1 (um) ano, 11 (onze meses) e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, como incursa no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a gravidade abstrata do delito não seria motivo idôneo para o estabelecimento do regime inicial mais gravoso, devendo ser mitigado para o aberto.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja fixado o regime aberto.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O MPF manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.217 - SP (2017/0042873-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação de 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:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. HOMICÍDIO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÕES FINAIS. PRESCINDIBILIDADE. INÉRCIA DA DEFESA, DEVIDAMENTE INTIMADA PARA REALIZAÇÃO DO ATO. ARTIGO 565 DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 366.706/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 16/11/2016)

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 a paciente foi condenada à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que tange ao regime inicial, verifica-se que o Colegiado manteve o modo prisional mais gravoso, sob a seguinte fundamentação:

"No tocante ao regime prisional, há de se ressaltar que a apelante viu-se condenada pela prática de crime sabidamente classificado, no sistema jurídico pátrio, como assemelhado aos hediondos, consoante o preceito do artigo 2º, caput, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, merecendo tratamento mais rigoroso e severo, recomendado a partir da Constituição Federal (art. 5º, XLIII).

E mais, gravidade concreta da conduta da apelante, decorrente da natureza, quantidade e diversidade das substâncias entorpecentes, dotadas de auto poder viciante e capazes de atingir um universo de, no mínimo, cinco dezenas de usuários - mas com a franca possibilidade de chegar a trezentos usuários -, revela a sua elevada danosidade social, a reclamar, portanto, a manutenção do regime eleito, servindo, de resto, como obstáculo à substituição da pena corporal por restritivas de direitos, máxime porque estas não se mostram suficientes e socialmente recomendáveis (art. 44, III, CP)." (e-STJ fls. 31/32)

A par disso, não se mostra ilegal a fundamentação utilizada pelo Tribunal estadual, tendo em vista que considerou para a fixação do modo mais gravoso as circunstâncias específicas do delito praticado, especialmente a natureza e a diversidade das drogas apreendidas - **25 g crack e 15,52 g de cocaína (e-STJ fl. 27)**, circunstância que motivou, inclusive, a exasperação da pena-base 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, sendo proporcional a escolha do regime inicial semiaberto, no caso, conforme disposto no art. 32, § 2º, "b", do Código Penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. ALTERAÇÃO DA PENA. REPRIMENDA FIXADA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. CONDIÇÃO JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DE DROGAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. HABEAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e, no caso do tráfico de drogas, deve ser observada a gravidade do delito, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico, verificando os limites mínimo e máximo, de 5 a 15 anos de reclusão. Na hipótese, verifico que a majoração da pena-base mostra-se desproporcional, pois foi majorada em 1/3 com base em uma circunstância do crime, sendo redimensionada, portanto, para 1/6.

3. Quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.

111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Apesar da fundamentação inidônea apresentada pelas instâncias ordinárias, o Superior Tribunal de Justiça - STJ tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela presença de circunstância judicial desfavorável, bem como pela natureza e/ou quantidade dos entorpecentes apreendidos, autoriza a imposição de regime prisional mais gravoso.

In casu, embora a primariedade do paciente e o quantum de pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitam, em tese, a fixação do regime aberto, os fundamentos apresentados pelo Magistrado sentenciante revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Dessa forma, além da presença de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, que, no caso, é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e com a jurisprudência desta Quinta Turma.

4. No julgamento do HC n. 97.256/RS, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes, nos termos do art. 44 do CP.

Da mesma forma, no caso em apreço, todavia, apesar da fundamentação imprópria apresentada pelo Magistrado sentenciante - gravidade abstrata do delito -, o STJ tem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos (13 papелotes de maconha (15g), 32 invólucros de cocaína (16g) e 5 invólucros de crack (0,8g)), constitui elemento indicativo de que a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício para limitar o recrudesimento da pena-base do paciente ao patamar de 1/6, redimensionando sua reprimenda para 2 anos e 11 meses de reclusão, bem como para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 350.836/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 13/12/2016)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. *Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.*

2. *Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da natureza da substância entorpecente apreendida - cocaína -, ao passo que o quantum de redução na terceira etapa da dosimetria foi determinado em 1/2 (metade) em razão da quantidade do entorpecente apreendido - 9 porções de cocaína, pesando aproximadamente 3,20 g -, motivos diversos, pois.*

3. *Em regra, é vedada a revisão da dosimetria em habeas corpus, somente cabível quando há flagrante ilegalidade, como na hipótese, em que o Tribunal de origem não declinou motivação idônea para fixação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em patamar diverso do máximo.*

4. *Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

5. "Quando há circunstância judicial considerada em desfavor do réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal" (HC 217.567/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 25/06/2012) 6. É assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão (in casu, 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal, aplica-se o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão e 200 dias-multa.

(HC 362.559/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016)

Quanto à substituição da pena privativa pela restritiva de direitos, conforme consignado no acórdão recorrido, as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza das drogas apreendidas é motivação suficiente a impedir a substituição da pena privativa pelas restritivas de direitos (e-STJ fl. 32), não havendo constrangimento ilegal a ser sanado nesta via eleita.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. DIREITO AO SEMIABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

2. Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado a pena reclusiva não superior a 4 anos cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 340.902/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0042873-8

HC 390.217 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00227374920148260602 227374920148260602

EM MESA

JULGADO: 16/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: RENATO JOSE ROZA E OUTROS
ADVOGADO	: RENATO JOSÉ ROZA E OUTRO(S) - SP236474
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARIA DE FATIMA OLIVEIRA
CORRÉU	: VALÉRIA CRISTINA DA SILVA RAMOS

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