



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 396.022 - SP (2017/0084232-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI - SP235368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO ARAUJO DOS SANTOS

EMENTA

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. Precedente.

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. 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, a quantidade, diversidade e a natureza das drogas apreendidas em poder do paciente justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.

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, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 396.022 - SP (2017/0084232-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI - SP235368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO ARAUJO DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de THIAGO ARAUJO DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora a 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento à Apelação n. 0020930-66.2015.8.26.0450, para redimensionar sua pena para 5 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a gravidade abstrata do ilícito seria fundamento inidôneo para o estabelecimento do regime inicial mais gravoso, sobretudo se favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, como no caso dos autos.

Requer a concessão da ordem para que seja fixado regime mais brando para o resgate da sanção reclusiva.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O MPF manifestou-se pela denegação do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 396.022 - SP (2017/0084232-3)

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:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO MATERIAL. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO SENTIDO DE QUE AS CONDUTAS PRATICADAS TINHAM DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. 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.

[...]

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 366.638/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016)

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 o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12 de agosto de 2015, por volta das 01h30, na Avenida Sport Club Corinthians Paulista, nº 100, Jardim Santo Antônio, nesta cidade e comarca de Osasco, THIAGO ARAÚJO DOS SANTOS, qualificado a fls. 28/29, trazia consigo, para a entrega a consumo de terceiros, 149 (cento e quarenta e nove) invólucros plásticos contendo 130 2g (cento e trinta gramas e dois deoigramas) de cocaína, 279 (duzentos e setenta e nove) "trouxinhas" contendo 61,7g (sessenta e um gramas e sete decigramas) de cocaína em forma de "crack", 07 (sete) invólucros plásticos contendo 6 5g (seis gramas e cinco decigramas) de cocaína e 168 (cento e sessenta e oito) (trouxinhas" contendo 340,1g (trezentos e quarenta gramas e um decigramas) de Cannabis sativa L ("maconha"), entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 18/20 e laudo de constatação de fls.14/15." (e-STJ fl. 10).

Inconformados, o MPF e a defesa interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu provimento ao recurso ministerial para redimensionar sua pena para 5 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantido, no mais, o édito condenatório.

No que se refere à pretendida mitigação do regime prisional, verifica-se que o magistrado singular, estabeleceu o semiaberto, asseverando:

"Inegável também que fixar-se o regime fechado para início do cumprimento da pena e depois substituir o cárcere por uma pena alternativa, revelaria inexplicável contradição, que certamente não se coaduna com a Constituição Federal (que pontua o princípio da igualdade, da individualização da pena, pois outros condenados por crimes diversos não podem se ver com as mesmas reprimendas e regime de pena que os condenados por tráfico); com a legislação infraconstitucional (que equiparou o tráfico aos crimes hediondos) e ainda aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário (que buscam também a repressão deste nefasto crime)." (e-STJ fl. 17/18)

A Corte estadual, por sua vez, manteve o regime estabelecido na origem, nos seguintes termos:

"O montante de pena impede as substituições previstas no CP, art. 44. De outro lado, ainda que a Resolução nº 5/2012,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Senado Federal, tenha suspenso a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" da Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º, declarada inconstitucional por decisão do STF, nos autos do HC nº 97.256/RS, nesse caso, afigura-se inviável qualquer substituição, porque não preenchido o requisito do CP, art. 44, III. Os motivos e as circunstâncias do crime indicam a insuficiência, especialmente porque socialmente não recomendável à prevenção e repressão do delito de tráfico, impulsionador de uma verdadeira cadeia delitiva, assolando a sociedade de forma funesta, mercê da natureza da maconha, crack e cocaína, cujo poder viciante assola seus dependentes que, para garantir o consumo, na maioria das vezes, praticam crimes patrimoniais.

No que tange ao regime, não se ignora que o mesmo Sodalício reconheceu e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º, que instituiu obrigatoriedade do início da pena em regime fechado, no julgamento do HC nº 111.840/ES. Entretanto, aqui afigurou-se correta a fixação da modalidade mais gravosa, diante da gravidade concreta da conduta, exaustivamente explanada, inexistindo ofensa às Súmulas nº 718 e nº 719 do STF e nº 440 do STJ." (e-STJ fls. 25/26)

No tocante à fixação de regime diverso do fechado para o resgate da sanção corporal cominada ao réu, extrai-se do acórdão impugnado que a gravidade concreta da conduta que lhe foi assestada, decorrente da natureza dos entorpecentes apreendidos foi determinante para o seu estabelecimento, circunstância que, aliada à quantidade e diversidade das drogas - 136,7 g de cocaína, 61,7 g de crack e 340,1 g de maconha -, bem como a forma em que acondicionadas, bem divididas e prontas para distribuição, impõem a manutenção do modo mais gravoso de cumprimento da reprimenda, conclusão que está em harmonia com o entendimento desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO. REGIME FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2.º 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. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

3. Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a - diversidade e excessiva quantidade de entorpecentes apreendidos 8.171,755 gramas de maconha e 318,637 gramas de cocaína - utilizadas na terceira fase da dosimetria, para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, impedem a aplicação do regime prisional mais brando.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 361.655/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 03/05/2017)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FATOS CRIMINAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFASTAMENTO. LEGALIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. LEGALIDADE. PENAS ALTERNATIVAS. PENA SUPERIOR À 4 ANOS. NÃO APLICAÇÃO. HC NÃO CONHECIDO.

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. Fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas.

3. Ante a pena fixada, a quantidade de droga justifica a fixação do imediatamente mais gravoso regime inicial fechado para o cumprimento de pena.

4. Não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nas hipóteses em que a pena fixada foi maior de 4 anos, nos termos dos arts. 44, inc. I, do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 196.371/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 01/07/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, não se deparando com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0084232-3

HC 396.022 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00209306620158260405 20170000049492 209306620158260405

EM MESA

JULGADO: 15/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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 DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI - SP235368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO ARAUJO 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.