



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.896 - SP (2015/0240707-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGER CAETANO DA ROCHA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. REINCIDÊNCIA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA A APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a 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.

– Tendo em vista o *quantum* de pena (superior a 4 anos) e a reincidência reconhecida pelo Tribunal em sede de recurso da acusação, o regime fechado decorre de expressa previsão legal (art. 33, § 2º, do Código Penal).

– Em razão da ausência de elementos suficientes à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a fixação de regime mais brando.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.896 - SP (2015/0240707-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA

ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ROGER CAETANO DA ROCHA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de ROGER CAETANO DA ROCHA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n. 0017387-49.2012.8.26.0344.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática de tráfico de drogas. Em sede de apelação do Ministério Público, o Tribunal afastou a incidência do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, majorando a pena para 5 anos de reclusão em regime inicial fechado.

Opostos embargos de declaração pela defesa foram rejeitados.

O impetrante sustenta que o regime fechado foi fixado somente com base na gravidade abstrata do delito. Assim, tendo em vista o *quantum* de pena (5 anos), é cabível o regime semiaberto. Porém, como o paciente já cumpriu 1 ano e 8 meses, restando apenas 3 anos e 4 meses, faz jus ao regime aberto.

Liminar indeferida às fls. 218/220.

Informações prestadas às fls. 224/262 e 264.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 268/270, pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.896 - SP (2015/0240707-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, constate-se a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Consta dos autos que o paciente tinha em depósito 13 porções de cocaína com peso total de 192,5 g (cento e noventa e dois vírgula cinco gramas), 28 *ependorfs* para o acondicionamento de entorpecentes, 2 balanças de precisão, 2 cadernetas com anotações referentes à contabilidade do tráfico de drogas e a quantia de R\$7.220,00 (sete mil duzentos e vinte reais) (fls. 42/43).

Em primeiro grau, a pena-base foi aplicada no mínimo legal e reduzida em 2/3 em razão da incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Ao final, a pena foi fixada em 1 ano e 8 meses em regime semiaberto:

*[...] Na dosagem da pena, parto do **mínimo legal** previsto para o crime de tráfico **05 (cinco) anos** de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo, em vigor na data do fato.*

*Como o acusado não registra condenação anterior por envolvimento com tráfico de drogas e foi considerado dependente químico, tenho que se faz possível a desclassificação para forma privilegiada do crime, afinal não é tão significativa a quantidade de droga apreendida em seu poder, além do que não se tem notícia do envolvimento do acusado com qualquer organização criminosa, dessa feita, **reduzo de 2/3 as penas acima fixadas, nos termos do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, o que resulta no cumprimento de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão em regime semiaberto**, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo, em vigor na data do fato.*

Os recentes processos envolvendo a prática de crimes previstos na Lei de Tóxicos demonstram que o acusado não reúne condições de ter a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos, eis que não se intimidou diante das anteriores ações penais. Também não se mostra cabível, pelo mesmo fundamento, a suspensão condicional da pena (fl. 46).

Interposta apelação por ambas as partes, o Tribunal deu provimento ao recurso do Ministério Público para afastar a minorante do § 4º, aumentando à pena para 5 anos de reclusão em regime inicial fechado, tendo em vista, sobretudo, a reincidência do paciente:

[...] Resta examinar as penas.

A base, a despeito da quantidade e da natureza da droga apreendida (cocaína), foi fixada no mínimo. Em seguida, a sanção foi reduzida em 2/3, a teor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, totalizando 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa (valor unitário mínimo).

*Todavia, e no esteio do inconformismo ministerial, **observe que não havia campo para a aplicação da regra do artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, com a devida vênia.** O preceito em foco admite atenuação da pena para réus, ainda que primários, que não ostentem periculosidade maior. E o acusado revela acentuada periculosidade, pois foi surpreendido, em um mesmo contexto fático, trazendo consigo e mantendo em depósito quase 200 gramas de entorpecente com altíssimo potencial lesivo (cocaína), que pretendia disseminar na sociedade, tudo a denotar habitualidade criminosa e envolvimento com o tráfico em larga escala. Na aplicação do preceito, ademais, o Juiz há de verificar, também, o grau de culpabilidade do agente, o alcance da conduta e as circunstâncias do crime, sem o que estará ferindo o princípio da individualização da pena. No caso, portanto, mostrava-se inviável a aplicação do redutor, até mesmo porque o acusado é reincidente, conforme notícia a certidão criminal de folhas 77.*

A reprimenda, bem por isso, afastado o redutor, considerando-se, ainda, os estreitos limites do recurso ministerial, é readequada para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa (no piso).

*Não era mesmo caso, ainda, de substituição da pena privativa por restritivas de direitos, **não só pela reincidência**, pelo volume readequado das penas, superiores a quatro anos de reclusão, mas também por evidente incompatibilidade com a conduta tratada nos autos.*

[...]

*O regime para o tráfico de entorpecentes, inicial fechado, decorre de Lei (Lei nº 11.464/2007). De mais a mais, **o quantum readequado da pena, a reincidência e a periculosidade do sentenciado justificam, senão exigem, a imposição do regime mais gravoso.** Não bastasse isso, a hipótese versa sobre condenação por crime equiparado a hediondo, que exige uma resposta séria e dura do Estado, até mesmo como fator profilático (fls. 135/137).*

Assim, ante o *quantum* de pena (superior a 4 anos) e a reincidência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecida pelo Tribunal em sede de recurso da acusação, o regime fechado decorre de expressa previsão legal (art. 33, § 2º, do Código Penal).

Por fim, à vista da ausência, nestes autos, de elementos suficientes à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a fixação de regime mais brando.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENOR. [...]. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRAZIDO PELO § 2.º DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N.º 12.736/12. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORIENTAÇÃO FIRMADA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N.º 1.117.073/PR. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

[...]

4. Contudo, o estabelecimento do regime prisional deve observar os termos do § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.736/12, segundo o qual "[o] tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade".

5. Conforme entendimento sedimentado na Súmula n.º 611, do Supremo Tribunal Federal, transitada em julgado a condenação, cabe ao Juízo das Execuções proceder à fixação do regime prisional adequado.

6. "É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior." (REsp 1.117.073/PR, 3.ª Seção, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU de 29/06/2012; sem grifos no original.)

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções examine, com base no § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar do Paciente permite, na hipótese, a fixação de regime mais brando

(HC n. 286824/SP, Relatora Min Laurita Vaz, Quinta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJe 27/05/2014).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0240707-0

HC 336.896 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00173874920128260344 1036328 10842012 1502012 173874920128260344
20130000496033

EM MESA

JULGADO: 16/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGER CAETANO DA ROCHA (PRESO)

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.