



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.150 - SP (2014/0324827-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAMILA PARONETTI SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JERISMAR GERALDA DE LIMA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. REGIME ESTABELECIDO DE FORMA ADEQUADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP; Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve decisão do magistrado de 1ª instância que determinou ao paciente o regime inicial fechado, em razão da valoração negativa do art. 59, do Código Penal, em virtude da natureza e da quantidade da droga.

IV- Considerando que as circunstâncias judiciais foram valoradas em desfavor do paciente, mormente porque, nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/06, foram sopesadas, na fixação da pena-base, a natureza da droga (**cocaína e maconha**), bem como a expressiva quantidade do entorpecente (**991 g de cocaína e 603 g de maconha**), está autorizada a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do que preceitua o art. 33, § 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de abril de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.150 - SP (2014/0324827-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de JERISMAR GERALDO DE LIMA, em face do v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado pela prática das condutas previstas no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, a serem cumpridos em regime inicial fechado.

Irresignados, defesa e Ministério Público interpuseram apelação criminal perante o Tribunal **a quo**, sendo que apenas o recurso ministerial foi parcialmente provido para elevar a pena imposta ao paciente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Daí o presente **writ**, no qual sustenta a impetrante que o regime inicial mais gravoso foi fixado de forma equivocada, uma vez que cabível, para o caso, o regime semiaberto. Requer, ao final, a fixação do regime acima mencionado para o início do cumprimento da pena.

A liminar foi indeferida às fls. 36-37.

As informações foram prestadas às fls. 45-63.

O Ministério Público Federal, às fls. 68-70, manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.150 - SP (2014/0324827-8)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.
NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO DE
ENTORPECENTES. REGIME INICIALMENTE
FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS
DESAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE
DA DROGA. REGIME ESTABELECIDO DE
FORMA ADEQUADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP; Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve decisão do magistrado de 1ª instância que determinou ao paciente o regime inicial fechado, em razão da valoração negativa do art. 59, do Código Penal, em virtude da natureza e da quantidade da droga.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV- Considerando que as circunstâncias judiciais foram valoradas em desfavor do paciente, mormente porque, nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/06, foram sopesadas, na fixação da pena-base, a natureza da droga (**cocaína e maconha**), bem como a expressiva quantidade do entorpecente (**991 g de cocaína e 603 g de maconha**), está autorizada a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do que preceitua o art. 33, § 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Passo a analisar essa possibilidade.

E ao fazê-lo, verifico que pretende a impetrante a fixação do regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto ao paciente, por entender mais adequado ao **quantum** de pena a ele imposto.

Entretanto, a ela não assiste razão.

O acórdão reprochado reformou a sentença, no que se refere à dosimetria, estabelecendo o que se segue:

" [...] Quanto ao cálculo das penas impostas, em face da expressiva quantidade de drogas apreendidas, justa a elevação da pena-base e, depois, a atenuação em razão da confissão, no caso de Jerismar. Contudo, no caso de Felipe, embora primário, consoante reconhecido pelo magistrado singular, a quantidade e variedade de drogas apreendidas, além das circunstâncias da prisão possibilitam a conclusão de que os agentes se dedicassem a atividades criminosas e, assim, incabível a redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. Destarte, em razão da elevação em um sexto na primeira fase, resta como definitiva para esse réu 5 anos e 10 meses de reclusão, além do pagamento de 583 dias-multa.

De outro lado, diante flexibilização conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao regime integralmente fechado para os crimes hediondos e equiparados, o que motivou a alteração da legislação pertinente, pode-se imaginar possível a determinação do regime aberto. Entretanto, através de interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos em apreço, verifica-se que, de um lado, pelo elevado potencial ofensivo e de degradação social de que está revestido o tráfico ilícito de entorpecentes, o legislador conferiu tratamento mais rígido aos autores desses delitos. Por outro, ao permitir o cumprimento da pena em regime inicial aberto, estaria se admitindo que traficantes, a despeito do delito não ser cometido com violência ou grave ameaça direta, ficassem à margem do sistema penitenciário, recebendo o mesmo tratamento de indivíduos que não apresentam periculosidade exacerbada ou que praticam delitos de menor gravidade.

Não se olvide que o tráfico ilícito de entorpecentes tem provocado profundos danos no seio social, trazendo a reboque, uma gama de males diretos e indiretos.

Portanto, diante da natureza de que se reveste esse tipo de delito e da quantidade e variedade de drogas apreendidas, não é cabível o cumprimento da pena em regime aberto, sendo mais adequado o inicial fechado.

Depois, incabível a substituição da pena, pois, a despeito dessa possibilidade conferida pelo Supremo Tribunal Federal, a divisão das drogas em 1812 porções poderia levar à prática de dezenas de delitos de uso próprio, envolvendo outras tantas pessoas nessa atividade ilícita. Dessa forma, a possibilidade dessas consequências, a indiferença da agente quanto a esse resultado, são fatores que revelam a personalidade voltada à prática criminosa e avessa ao ordenamento jurídico, vedando-se a substituição da pena [...]" (fls. 53-54).

O excerto acima exposto evidencia que as circunstâncias judiciais foram valoradas em desfavor do paciente, mormente porque, nos termos do art. 42, da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06, foram sopesadas, na fixação da pena-base, a natureza e a quantidade da droga **(991 g de cocaína e 603 g de maconha)** foram considerados como desfavoráveis ao acusado, razão pela qual está autorizada a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do que preceitua o art. 33, § 3º, do Código Penal, **verbis**:

"Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código."

Nesse sentido está assentada a jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal e do col. Superior Tribunal de Justiça, representada pelos precedentes a seguir colacionados:

"Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Impetração dirigida contra decisão monocrática de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que negou seguimento a recurso especial. Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Precedentes. Extinção do writ, por inadequação da via eleita. Inexistência, outrossim, de ilegalidade flagrante ou teratologia que justifique a concessão, de ofício, da ordem. Tráfico internacional de drogas. Artigo 33, caput, c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006. Pena-base. Majoração, em metade, do mínimo legal cominado à espécie, em face, exclusivamente, da grande quantidade de cocaína apreendida (17,560 kg). Admissibilidade. Circunstância que, por si só, constitui fundamento idôneo para essa exasperação. Pretendida tarifação do aumento em, no máximo, 1/6 (um sexto). Descabimento. Critério não previsto em lei. Artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Pretendida incidência da causa de diminuição de pena em seu grau máximo. Alegado bis in idem na utilização da quantidade de droga para a redução mínima. Não ocorrência. Redutor de 1/6 (um sexto) que não se amparou, isoladamente, na quantidade de droga apreendida, mas, sim, na gravidade concreta da infração, evidenciada pela colaboração da paciente com traficância organizada em larga escala, transportando droga, como mula, da Bolívia para o Brasil. Regime inicial fechado. Fixação com base, exclusivamente, na grande quantidade de cocaína apreendida. Admissibilidade. 1. A jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal não admite a impetração de habeas corpus contra decisão monocrática do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relator da causa no Superior Tribunal de Justiça não submetida ao crivo do colegiado por intermédio de agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente. Precedentes. 2. A elevada quantidade de cocaína apreendida (17,560 kg) justifica, por si só, na fixação da pena-base, a majoração de metade ao mínimo legal cominado à espécie, com base no art. 42 da Lei nº 11.343/06. Não está o magistrado, na dosimetria da pena, adstrito à pretendida tarifação de, no máximo, 1/6 (um sexto) por circunstância judicial desfavorável, critério, aliás, não previsto em lei. Precedente. 3. As instâncias ordinárias, na aplicação, no grau mínimo (1/6) da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não se ampararam, isoladamente, na quantidade de droga apreendida, mas sim, na gravidade concreta da infração, evidenciada pela colaboração da paciente com traficância organizada em larga escala, transportando droga, como mula, da Bolívia para o Brasil. Ausência de bis in idem. Precedente. 4. **No tráfico de drogas, é admissível a imposição de regime inicial fechado com base, exclusivamente, na quantidade ou na natureza da droga apreendida (17,560 kg de cocaína).** Precedentes. 5. Habeas corpus extinto, por inadequação da via eleita" (HC 121389, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 7/10/2014).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. ATENUANTE DA CONFISSÃO. DELAÇÃO PREMIADA. REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CPP. TEMA NÃO DEBATIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. CRITÉRIOS DO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. [...]

5. [...]

6. **Presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis à acusada, especialmente em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, é legal a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso, tudo em consonância com a jurisprudência do Superior**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça.

7. [...]

8. *Agravo regimental desprovido*" (AgRg no AREsp 451.724/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 12/11/2014).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CONSIDERAÇÃO PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA APLICAR O REGIME MAIS GRAVOSO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. *Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja fixado o regime carcerário que, à luz do disposto no artigo 33 e parágrafos do Código Penal, mostre-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.*

2. *Não há constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado ao condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis e das peculiaridades do caso concreto, em especial a quantidade e a alta nocividade da substância entorpecente apreendida (1,105kg de cocaína).*

3. *A valoração da quantidade e da natureza da droga para exasperar a pena-base e para impor regime prisional mais severo não configura qualquer ilegalidade, porquanto, por expressa previsão do art. 33, § 3º, do Código Penal, a determinação do regime - fase distinta da dosimetria da pena - far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal. Precedentes.*

4. *Habeas corpus não conhecido*" (HC 303.475/MT, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 10/11/2014).

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0324827-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 311.150 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00473878520118260564 20130000729212 20140000163226 473878520118260564

EM MESA

JULGADO: 16/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: CAMILA PARONETTI SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JERISMAR GERALDA DE LIMA
CORRÉU	: WILLIAM DE SOUSA MARQUES
CORRÉU	: FELIPE SANTOS DE BARROS PENHA

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.