



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 395.507 - SP (2017/0081063-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : FERNANDO BOBERG  
**ADVOGADO** : FERNANDO BOBERG - PR028212  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : FLAVIO FERNANDO INDEO PEREZ

### EMENTA

**HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. REPRIMENDA FINAL INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESLOCADA PARA A TERCEIRA FASE. GRAVIDADE EM CONCRETO DO DELITO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE NA IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVE. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou abrandar a sanção final imposta e o regime inicial fixado.

II - A circunstância referente à quantidade e à natureza da droga, ainda que aplicada na terceira fase, pode ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso (**precedentes**). Além disso, a Terceira Seção desta Corte "*decidiu a matéria a ela afetada, no sentido de que é possível - desde que com base em motivação concreta - estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada*", devendo tal fundamentação ser aferida caso a caso (HC n. 362.535/MG, **Terceira Seção**, de **minha relatoria**, Rel.<sup>a</sup> para o acórdão Min.<sup>a</sup> **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 8/3/2017).

III - **Na hipótese**, o regime inicial fechado, fixado na sentença condenatória, foi corretamente preservado, a despeito do **quantum** da reprimenda corporal aplicada (**3 anos e 4 meses de reclusão**), uma vez que a quantidade de droga apreendida, bem como a gravidade concreta do delito, evidenciaram a dedicação do paciente à prática delitiva, não autorizando, no caso em apreço, a imposição de regime prisional mais brando.

IV - De igual modo, a circunstância da quantidade e natureza da droga apreendida não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, mesmo sendo o paciente primário e tendo a pena sido fixada em patamar inferior a 04 (quatro) anos de reclusão.

**Habeas corpus** não conhecido. Liminar cassada.



## **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 e cassar a liminar anteriormente deferida.

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

Brasília (DF), 13 de junho de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 395.507 - SP (2017/0081063-0)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de FLAVIO FERNANDO INDEO PEREZ, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o ora paciente restou condenado às penas de **três anos e quatro meses de reclusão**, em regime inicialmente fechado, e **trezentos e trinta e três dias-multa**, pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (fls. 101-102).

Irresignados, a Defesa e o **Ministério Público do Estado de São Paulo** interuseram, cada um, apelação criminal, na eg. Corte estadual, que negou provimento aos reclamos, nos termos de v. acórdão assim ementado:

*"Tráfico de drogas. Apelação defensiva. Alegada fragilidade probatória. Não ocorrência. Confissão extrajudicial corroborada por campana realizada por milicianos. Suficiência para a condenação. Apelação ministerial. Pleito de condenação pelo art. 35 da Lei de Drogas. Impossibilidade. Não comprovação da estabilidade e permanência. Penas. Acusados beneficiados com o redutor do art. 33, § 4º. Existência de prova da dedicação à atividade criminosa por sete dias. Redutor que deveria ser afastado. Recurso ministerial que não atacou tal ponto da sentença. **Tantum devolutum quantum appellatum**. Penas mantidas. Apelos defensivos e ministerial improvidos" (fl. 161).*

Na sequência, foram interpostos embargos infringentes pela Defesa, os quais foram rejeitados, conforme a ementa abaixo:

*"Embargos Infringentes. Limites da divergência que se instalam no **quantum** da redução prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06 e na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Não cabimento de maior redutor. Embargantes que se dedicavam a atividades ilícitas. Adoção do entendimento da douta maioria. Prevalência do voto vencedor. Rejeição dos embargos" (fl. 173).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, foram opostos embargos declaratórios defensivos, que foram acolhidos em parte, para aclarar a decisão impugnada, mantida, contudo, a rejeição dos embargos infringentes. Segue a ementa do julgado:

*"EMBARGOS DECLARATÓRIOS. Vício de omissão. Manutenção do regime inicial fechado em razão das circunstâncias concretas da prática delitiva. Ofensa à Súmula nº 440 do STJ. Inocorrência. Reconhecimento da dedicação dos réus a atividades criminosas em razão da análise de recurso ministerial. Inexistência de **reformatio in pejus**. Sentença mantida. Embargos parcialmente acolhidos" (fl. 177).*

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante alega que, *"se o recurso é que cria a competência e os limites do Tribunal, não havendo recurso ministerial pedindo aumento de pena ou para se retirar o privilégio do § 4º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006, concedido em primeiro grau, e nem pleiteando a modificação de fundamentação para se manter regime fechado (lei inconstitucional foi invocada em primeiro grau), não se podia cogitar no acórdão que não estaria certo ter sido aplicado em primeiro grau ao recorrente o redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006" (fl. 11).*

Aduz que o v. acórdão impugnado ao afirmar que o paciente *"não teria sequer direito ao redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006 (quando, repita-se, não há recurso neste ponto), e por isto, não se concederia regime diverso do fechado ou substituição por restritivas de direitos, viola os princípios da inércia da jurisdição, do contraditório, da ampla defesa e do **tantum devolutum quantum appellatum**" (fl. 12).*

Destaca que as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, foram todas consideradas favoráveis.

Requer, ao final, seja a ordem concedida para fixar o regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena pelo paciente e para que a sua prisão seja substituída por restritivas de direito.

A liminar foi deferida, tão somente para permitir que o paciente aguardasse em semiaberto o julgamento do mérito do presente **writ** (fls. 145-147).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações foram prestadas, às fls. 158-183.

O **Ministério Público Federal** manifestou-se conforme parecer, cuja ementa colaciono, a seguir:

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.**

*A hipótese é de não conhecimento do pedido, porquanto, **data venia**, o impetrante está utilizando o **habeas corpus** como sucedâneo de recurso especial.*

*O Tribunal de Justiça, ao reexaminar a dosagem da reprimenda - processo integrativo entre os diversos critérios utilizados para a concretização do decreto condenatório -, asseverou que 'a circunstância de se dedicarem os acusados a atividades criminosas justifica a imposição de regime prisional mais severo, mesmo quando considerada a primariedade e bons antecedentes dos réus' (e-STJ fl. 136), tratando-se, portanto, de fundamentação apta à fixação de regime mais gravoso.*

*E perfeitamente admissível que o Tribunal aprecie o recurso interposto, em exaustivo nível de profundidade, disso resultando que, mantida a essência da causa de pedir e sem piorar a situação do recorrente, é legítima a manutenção da decisão recorrida ainda que por outros fundamentos, daí ressaíndo que a modificação da fundamentação quanto aos critérios de fixação da pena ou imposição do regime carcerário, em sede de recurso exclusivo da defesa, salvo no caso de **habeas corpus**, é plenamente possível, não incidindo em vedada **reformatio in pejus**, se não opera agravação da situação do réu.*

*Parecer pelo não conhecimento do **habeas corpus**, cassando-se a liminar deferida" (fl. 187).*

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 395.507 - SP (2017/0081063-0)

### EMENTA

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. REPRIMENDA FINAL INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESLOCADA PARA A TERCEIRA FASE. GRAVIDADE EM CONCRETO DO DELITO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE NA IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVE. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou abrandar a sanção final imposta e o regime inicial fixado.

II - A circunstância referente à quantidade e à natureza da droga, ainda que aplicada na terceira fase, pode ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso (**precedentes**). Além disso, a Terceira Seção desta Corte "*decidiu a matéria a ela afetada, no sentido de que é possível - desde que com base em motivação concreta - estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada*", devendo tal fundamentação ser aferida caso a caso (HC n. 362.535/MG, **Terceira Seção**, de **minha relatoria**, Rel<sup>a</sup>. para o acórdão Min<sup>a</sup>. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 8/3/2017).

III - Na hipótese, o regime inicial fechado, fixado na sentença condenatória, foi corretamente preservado, a despeito do **quantum** da reprimenda corporal aplicada (**03 anos e 04 meses de reclusão**), uma vez



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a quantidade de droga apreendida, bem como a gravidade concreta do delito, evidenciaram a dedicação do paciente à prática delitiva, não autorizando, no caso em apreço, a imposição de regime prisional mais brando.

IV - De igual modo, a circunstância da quantidade e natureza da droga apreendida não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, mesmo sendo o paciente primário e tendo a pena sido fixada em patamar inferior a 04 (quatro) anos de reclusão.

**Habeas corpus** não conhecido. Liminar cassada.

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

A Defesa pretende, em síntese, que seja fixado o **regime aberto** para o início do desconto da reprimenda pelo paciente e que se substitua a sua pena reclusiva por penas **restritivas de direito**.

Para a adequada delimitação das questões, colaciono, a seguir, excerto da r. sentença condenatória:

*"Fixada a responsabilidade dos acusados, passo a individualizar a pena na forma do critério trifásico prescrito pelo artigo 59, do Código Penal, para o crime de tráfico de drogas. Atendendo às diretrizes do citado dispositivo, em especial, aos antecedentes dos acusados, os quais não ostentam maus antecedentes, conforme comprovam as folhas de antecedentes acostadas aos autos em apensos, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos dias-multa), no valor unitário mínimo*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal, tendo em vista o preceito sancionador do art. 33 c.c. artigo 43, ambos da Lei n.º 11.343/2006. Considerando que os corréus são primários, não ostentam maus antecedentes e que não há nos autos indícios de que se dediquem às atividades criminosas, nem integrem organização criminosa, reduzo a pena acima fixada em 1/3 (um terço), em face da grande quantidade de droga apreendida, alcançando a pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pena esta que converto em definitiva por não encontrar circunstância modificadora aplicável. Deixo de aplicar a substituição das penas privativas de liberdade pela restritiva de direitos, porquanto a conduta criminosa recomenda aplicação da pena privativa de liberdade fixada como forma de reprovação eficiente à referida conduta, tornando-se incompatível com os requisitos previstos pelo art. 44 do Código Penal, inclusive como forma de prevenção do crime. Ainda que assim não fosse, o artigo 44 da Lei 11.343/2006 veda expressamente a substituição das penas em restritivas de direitos. Pelo mesmo motivo deixo de conceder a suspensão condicional da pena. [...] O delito imputado aos acusados é equiparado pela Lei como hediondo e, assim, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com nova redação dada pela Lei 11.464/2007, deverão cumprir a pena privativa de liberdade, inicialmente, em regime FECHADO" (fls. 101-102).

Já, do v. acórdão de apelação criminal, extraio a passagem seguinte:

*"Por fim, quanto às penas, verifico tenham sido os réus, inclusive, beneficiados pela dosimetria aplicada pelo magistrado **a quo**.*

*Favoráveis as circunstâncias judiciais, a básica foi posta no patamar mínimo.*

*Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes.*

*Em seguida, na terceira etapa, entendo não tenha o magistrado **a quo** atuado com o devido acerto.*

*Isto porque, embora **o período de sete dias não seja suficiente para a caracterização do crime de associação para o tráfico, basta para a comprovação da dedicação a atividade criminosa, prevista no art. 33, § 42, como hipótese de afastamento do redutor.***

*Desta feita, não fariam os acusados jus a tal benefício.*

*Contudo, o apelo ministerial não se insurgiu contra este ponto específico da sentença, vigorando aqui a regra do **tantum devolutum quantum appellatum**, motivo pelo qual não se pode afastar o redutor.*

*Por esta razão, ficam inalteradas as reprimendas.*

***Pelo mesmo motivo, inviável falar em fixação de regime diverso do fechado ou substituição por restritivas de direitos.***

*Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento aos apelos defensivos e ministerial, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença atacada" (fls. 165-166).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Também é de se destacar o trecho abaixo do v. acórdão dos embargos infringentes:

*"Consta do acórdão embargado que, no dia 19 de outubro de 2013, os recorrentes foram surpreendidos por policiais militares em atos típicos da comercialização de entorpecentes, apreendendo-se, em poder de FLAVIO, **cento e sete porções individualizadas de cocaína** e, de DIEGO, **uma porção da mesma droga**.*

*Regularmente processados, acabaram condenados a 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.*

*Apelaram, mas pelo voto da maioria da Turma julgadora, tiveram o recurso improvido, firmada a responsabilidade penal dos acusados pelo tráfico e negada a redução das penas, sob o argumento de se ter comprovado que **eles exerciam a venda de drogas há sete dias, lapso este inapto a demonstrar a estabilidade e permanência previstas no art. 35, caput, da Lei de Drogas, mas suficiente para caracterizar a dedicação a atividades criminosas que exclui a incidência do § 4.º, do art. 33, da Lei de regência**. Contudo, ante a inexistência de inconformismo ministerial sobre a questão e respeitada a regra do **tantum devolutum quantum appellatum**, foi mantido o redutor, tal como dosado pelo juízo **a quo**, ou seja, na fração de 1/3.*

*No voto vencido, considerou-se como inidônea a fundamentação externada na terceira fase da dosimetria, porquanto os **37,61 g de cocaína** encontrados com FLÁVIO e **0,4 g da mesma droga** com DIEGO não expressam 'enorme' quantidade de entorpecente, tal como valorado pelo juízo **a quo**.*

*E, em que pese o douto entendimento do Des. Newton Neves, fato é que, conforme já exposto no voto vencedor, **os réus não faziam, sequer, jus ao redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, porquanto comprovado nos autos que eles traficavam juntos há uma semana e assim se dedicavam a atividades ilícitas**.*

*Não procede, por outro lado, a alegação de que o relator não poderia ter revolidado a matéria atinente ao cabimento do redutor, por não ter sido objeto de apelo ministerial.*

*Como sabido, a apelação delimita a extensão da matéria a ser rediscutida, permitindo ao juízo **ad quem**, no entanto, a reanálise de toda a profundidade do tema levantado. Vale dizer que a discussão sobre causa especial de diminuição da pena, abarca o cabimento do redutor até a fração redutora.*

*[...]*

*Não havendo, portanto, qualquer **error in procedendo** ou **error in judicando** por parte do relator da apelação, resta mantida a posição adotada pela maioria.*

*3. Diante do exposto, pelo meu voto, rejeito os embargos infringentes" (fls. 174-175).*

Por último, consigno, na sequência, passagem do v. acórdão dos embargos



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declaratórios:

"2. Acresço fundamentos ao acórdão embargado.

Embora se insurja o embargante, a tese de **reformatio in pejus** já foi analisada e afastada, fundamentadamente, pelo venerando acórdão.

Acrescento, pela via declaratória que, no caso dos autos, contra a r. sentença de parcial procedência da ação penal, tanto os réus quanto o **Parquet** apelaram tendo, em suas razões, o Ministério Público aduzido existir ânimo associativo entre os agentes para a prática do delito de tráfico de drogas. Com o regular processamento do recurso, o embargante ofertou contrarrazões, assim respeitado o direito à ampla defesa e contraditório (fl. 304/305).

Na seqüência, atendendo à provocação ministerial, que interrompeu a inércia da jurisdição, foi analisada a ação delitiva dos acusados no tempo, bem como eventual existência de vínculo associativo entre eles, sendo, neste contexto concluído pelo Exmo. Des. Relator Guilherme de Souza Nucci, que **existiam provas da dedicação dos acusados a atividades delitivas há sete dias, mas que tal lapso não era suficiente para a demonstração do ânimo associativo.**

A esse respeito, pondero que a avaliação da estabilidade da associação criminosa, impõe ao julgador a tarefa de analisar, com base nas provas dos autos, há quanto tempo estavam os corréus envolvidos com o tráfico de drogas, tal como se procedeu.

Ressalto já ter constado do acórdão embargado, de minha lavra, que a apelação devolve a matéria ao Tribunal com extensão delimitada, mas profundidade plena, assim justificado o fato de o relator tomar conhecimento de matéria mais ampla do que a contida no pedido do MP (fls. 383).

Ademais, tendo o nobre relator da apelação tomado ciência da dedicação dos réus a atividades criminosas, não poderia ignorar o fato sabido, inexistindo, por outro lado, qualquer nulidade ou ofensa às regras legais em sua manifestação, pois analisou a prova nos limites da matéria devolvida.

**E assim, respeitada a vedação da reformatio in pejus e as regras processuais penais, em especial, o instituo da preclusão, limitou-se o relator a manter a dosimetria tal como elaborada pelo magistrado sentenciante, sem provocar qualquer agravamento na situação dos apelantes.**

**Data maxima venia**, prejuízo coletivo não decorre da manutenção da decisão majoritária desta Colenda Câmara Criminal, mas da decisão injusta, divorciada dos fatos e da lógica do Direito.

Por derradeiro, afasto a alegação de ofensa à Súmula n. 440 do STJ, pois **a circunstância de se dedicarem os acusados a atividades criminosas justifica a imposição de regime prisional mais severo, mesmo quando considerada a primariedade e bons antecedentes dos réus.**

3. Isto posto, pelo meu voto, acolho parcialmente os embargos declaratórios para aclarar a decisão impugnada, mantendo, contudo, a rejeição dos embargos infringentes" (fls. 177-179).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Inicialmente**, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

Ademais, convém frisar, de antemão, que a jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que o **efeito devolutivo** da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial.

Sob esse enfoque, portanto, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação destas, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em **reformatio in pejus**, desde que a situação final do réu não seja agravada.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

**"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO. AUMENTO DA PENA-BASE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO NÃO TRAZIDO NA SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA PENA DO PACIENTE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. CONCURSO FORMAL. CRITÉRIO DE EXASPERAÇÃO. NÚMERO DE INFRAÇÕES COMETIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

2. Não há se falar em **reformatio in pejus** quando o Tribunal local, em sede de apelação, em recurso exclusivo da defesa,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*inova na fundamentação sem, contudo, agravar a situação do acusado.*

[...]

6. **Habeas corpus** não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar as penas dos pacientes" (HC n. 311.722/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 13/6/2016).

**"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

1. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente, mas não obsta, por sua vez, que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de **jurisdictio** - encontre fundamentos e motivação própria, respeitada, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no juízo de origem, o que ocorreu na espécie.

2. Esta Corte tem entendimento reiterado de que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado.

3. A jurisprudência desta Corte reconhece que, diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é cabível a fixação do regime intermediário para o início do cumprimento da pena inferior a quatro anos, mesmo diante da primariedade do réu.

4. Ordem não conhecida" (HC n. 349.015/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 2/5/2016).

A definição do regime inicial para os condenados por tráfico de entorpecentes deve seguir a sistemática estabelecida no art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal. Ou seja, será definido de acordo com o **quantum** da pena aplicada e em atenção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma legal.

Contudo, é necessário fazer uma observação. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 estabelece que *"o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e conduta social do agente"*.

Portanto, a circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poderá incidir na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena. Dessarte, será utilizada para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante ou ainda para modular o nível de redução da pena.

E, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, ainda que aplicada na terceira fase, poderá ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso, pois não haveria sentido admitir tal possibilidade somente quando valorada na fixação da pena-base.

Neste sentido:

**"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO (METADE). QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 3. ORDEM DENEGADA.**

[...]

**2. No caso, o regime mais gravoso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 4 (quatro) anos (diga-se, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão), levando em conta a quantidade e diversidade de droga apreendida em poder do paciente (27 tubetes de cocaína e 4 trouxinhas de maconha), circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.**

**3. Habeas corpus denegado"** (HC n. 223.455/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 6/3/2012).

**"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 8 ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.**

[...]

**2. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a não aplicação da minorante do**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*tráfico privilegiado, bem como a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 8 (oito) anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*

**3. Habeas corpus não conhecido**" (HC n. 276.781/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 25/9/2014).

No presente caso, as instâncias ordinárias consideraram a **natureza e a quantidade da droga apreendida** - 38,01 (trinta e oito gramas e um decigrama) de cocaína, no total - para aplicar a causa especial de diminuição de pena no patamar de **um terço (1/3)**.

Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que, havendo fundamentação concreta, e diante das circunstâncias do caso, é possível a fixação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena. Nesse sentido o seguinte precedente da col. **Terceira Seção** do Superior Tribunal de Justiça:

*"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE, EM TESE. ANÁLISE DE CADA CASO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETADA À SEÇÃO.*

*1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento, cabendo a análise de flagrante ilegalidade.*

*2. A Terceira Seção decidiu a matéria a ela afetada, no sentido de que é possível - desde que com base em motivação concreta - estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso.*

*3. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade, haja vista que a Corte estadual invocou concretamente as circunstâncias do delito para justificar o regime prisional fechado, em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Foi indicada a concreta gravidade do crime (tentativa de matar mulher grávida de 4 meses, valendo-se das relações domésticas, mediante meio cruel e motivo fútil, inclusive na presença do filho de 4 anos da vítima e mediante "roleta russa").*

*4. Writ não conhecido*" (HC n. 362.535/MG, **Terceira**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seção, de **minha relatoria**, Rel<sup>a</sup>. para o acórdão Min<sup>a</sup>. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 8/3/2017 ).

Assim, **na hipótese**, o regime inicial fechado, fixado na sentença condenatória, foi corretamente preservado, a despeito do **quantum** da reprimenda corporal aplicada - **3 anos e 4 meses de reclusão** -, uma vez que a circunstância judicial deslocada da quantidade de droga apreendida (art. 59 do Código Penal c.c. art. 42, da Lei n.º 11.343/2006), empregada para modular a fração de redução da pena, na terceira fase da dosimetria, bem como a gravidade concreta do delito, evidenciada pela dedicação do paciente à prática delitiva, com a reiteração do tráfico ao longo de pelo menos uma semana, não autorizam, no caso em apreço, a imposição de regime prisional mais brando. Nesse sentido:

"[...]

**REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E IMPOSIÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. BENEFÍCIOS OBJETIVAMENTE VIÁVEIS. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PERMUTA NÃO INDICADA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO DEVIDO. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA.**

[...]

2. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

3. Não preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos elencados no art. 44 do CP, já que a gravidade concreta do crime, evidenciada pelo fato de terem sido apreendidos dois tipos de entorpecentes e ainda em razão da natureza altamente danosa de um deles, fatores que, somados às particularidades do caso concreto, dadas as circunstâncias em que efetuada a prisão em flagrante da paciente, justificam a negativa de permuta e a imposição do regime fechado para o inicial cumprimento da pena.

2. **Habeas corpus** não conhecido, concedendo-se, contudo, **habeas corpus** de ofício para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 1/4 (um quarto), restando a sanção da paciente



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*definitiva em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa" (HC n. 253.732/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 1º/2/2013).*

De igual modo, a quantidade e a natureza da droga apreendida não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, mesmo sendo o paciente primário e tendo a pena sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Nesse sentido os seguintes precedentes deste Tribunal Superior :

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base nas circunstâncias judiciais desfavoráveis e em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Considerando que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, para uma pena definitiva inferior a 4 anos de reclusão, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto" (HC n. 299.114/SP, **Quinta Turma**,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 14/10/2016 - grifei).

*"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (128 PINOS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*2. Nos termos do entendimento firmado pelo 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.*

*3. Todavia, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.*

*4. Conforme o novel entendimento do STF, HC n. 118.533/MS, o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois o tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa, havendo evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.*

*5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva" (HC n. 367.301/SP, Sexta turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/10/2016).*

Ante o exposto, cassada a liminar de fls. 145/147, não conheço do **habeas corpus**.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0081063-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 395.507 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00140571220138260408 140571220138260408 20170000213464

EM MESA

JULGADO: 13/06/2017

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                              |
|------------|----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : FERNANDO BOBERG                            |
| ADVOGADO   | : FERNANDO BOBERG - PR028212                 |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : FLAVIO FERNANDO INDEO PEREZ                |
| CORRÉU     | : DIEGO HENRIQUE DOMINGOS                    |

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 e cassou a liminar anteriormente deferida."

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