



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 902747 - SP (2024/0112696-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : PITAGORAS PINTO DE ARRUDA
ADVOGADO : PITAGORAS PINTO DE ARRUDA - MT0325600
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JIANRONG YU (PRESO)
CORRÉU : ZHAO WEN LIANG
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de habeas corpus impetrado contra acórdão assim ementado (e-STJ fl. 1471):

"TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES e POSSE DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. Absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Acusados presos em flagrante delito na posse de expressiva quantidade de heroína, além de arma de fogo e munições. Condenação mantida. Recurso não provido."

Os pacientes foram condenados às penas de **08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado**, e pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no piso, por infração à norma penal contida no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, bem como artigo 16, da Lei nº 10.826/ 11, c/c o artigo 69, do Código Penal (fl. 1471).

A defesa alega, em síntese, que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena foi afastado com base em fundamentos inidôneos, mesmo com a condenação fixada em seu mínimo legal e sendo os pacientes primários (fl. 5).

Ressalta que não foi apresentada qualquer fundamento concreto para o agravamento do regime, em clara violação ao entendimento constante da Súmula n. 719/STF.

Aduz que o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Requer, liminarmente, a suspensão da execução da referida condenação, até o julgamento final deste *writ*. No mérito a concessão da ordem para que seja fixado regime mais brando para o início do cumprimento de pena.

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

*"O **habeas corpus** não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício"*

(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).

*"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de **habeas corpus** como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"*

(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).

*"A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça restringe a admissibilidade do **habeas corpus** quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem de ofício (HC nº 535.063/SP)".*

(AgRg no HC n. 741.874/SP, sob a minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 8/3/2024).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

*"Do ponto de vista processual, o caso é de **habeas corpus** substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "**habeas corpus** não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe **habeas corpus** para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)*

(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade.

Por outro lado, a Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal. Veja-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. GENITOR. IMPRESCINDIBILIDADE DE CUIDADOS AO FILHO MENOR NÃO DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO.

I - A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso pertinente. Precedentes.

II - O art. 318, inciso VI, do Código de Processo Penal dispõe que o magistrado poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

III - No caso dos autos, conforme consignado pelo Tribunal a quo a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar a imprescindibilidade do ora agravante aos cuidados de seus filhos.

IV - Para desconstruir as conclusões alcançadas na origem seria necessário o revolvimento da matéria fático-probatória do caso em apreço, providência que é vedada em sede de habeas corpus.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 764.589/PR, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 14/2/2024). Grifos acrescidos."

A esse respeito, extrai-se da fundamentação lançada na origem sobre a controvérsia (e-STJ fl. 1473-1474):

"Assim, de rigor a manutenção da condenação.

Analisemos as penas.

*Os acusados tiveram a pena-base de ambos os delitos fixada no patamar mínimo às espécies: **05 anos de reclusão, e pagamento de 500 dias-multa** para o tráfico e **03 anos de reclusão, e pagamento de 10 dias-multa** para o crime de armas.*

Na segunda fase da dosimetria, não há agravantes ou atenuantes.

Por fim, na terceira fase, em relação ao delito previsto no artigo 16, da Lei 10.826/03 não há minorantes ou agravantes de pena.

Em relação ao tráfico, não é caso de aplicação da redutora do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06. Isso porque, além da droga apreendida ter enorme poder viciante, a grande quantidade de entorpecente apreendido acena para o fato de que os réus se dedicam a atividades criminosas.

Nesse sentido, vale transcrever elucidativo trecho da r. sentença:

[...]

Assim, as reprimendas permanecem inalteradas.

Nada a alterar, outrossim, no regime prisional fixado que permanece sendo o fechado. Diante das munições, arma e drogas apreendidas a eleição de regime mais brando não seria suficiente para reprovação das condutas em tela.

Repise-se que os réus precisam internalizar a terapêutica penal antes de retornar ao convívio social.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso."

Tem-se que a pena-base do crime de tráfico de drogas ficou estabelecida em 5 anos de reclusão, e 500 dias-multa (e-STJ fl. 1473).

A jurisprudência desta Corte possui entendimento de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime prisional mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP.

Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

No mesmo sentido, são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Destarte, seguindo o entendimento firmado por este Tribunal Superior, a mera referência ao não reconhecimento do tráfico privilegiado não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, mormente porque, na hipótese dos autos, a pena-base foi fixada no mínimo legal.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO APLICADA. CONVICÇÃO FIRMADA NA ORIGEM DE QUE O AGENTE SE DEDICAVA AO CRIME. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO. HISTÓRICO INFRACIONAL. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL. REGIME PRISIONAL INICIAL. IMPOSTA A MODALIDADE RECOMENDADA PARA O QUANTUM DA PENA APLICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR PENAS ALTERNATIVAS. NÃO ATENDIDO O REQUISITO OBJETIVO DA MEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem às atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

- Na hipótese, o afastamento da benesse não se baseou apenas na quantidade da droga apreendida, mas levou em consideração, ainda, anotações de passagem do agravante pela Vara da Infância e da Juventude, bem como o fato de ele ter sido colhido em flagrante em conhecido ponto de tráfico. São elementos concretos indicativos da habitualidade delitiva, não sendo possível reformar o juízo de fato firmado na origem sobre o tema, pois a via estreita, de cognição sumária, do habeas corpus não admite dilação probatória.

- **Mantida a pena definitiva imposta na origem - 5 anos de reclusão -, o regime prisional inicial semiaberto é o recomendado para o quantum da reprimenda, conforme previsão do art. 33, § 2.º, alínea 'b', do Código Penal. Não atendido o requisito objetivo para a substituição da prisão por penas alternativas, previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.**

- Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 731.557/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 25/4/2022)."

"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. 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."

"ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). CONCURSO FORMAL. REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO E NA PRÁTICA PRETÉRITA DE ATOS INFRACIONAIS. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTES STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL

EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O SEMIABERTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal pela favorabilidade das circunstâncias judiciais, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso (Súmula 440/STJ).

2. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado. **Necessária a mitigação do regime prisional para o semiaberto.**

3. **Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a prática de atos infracionais, por si só, não justifica a imposição de regime inicial mais gravoso, uma vez que não configura infração penal e, portanto, não se revela fundamento idôneo a valorar negativamente os antecedentes do acusado.**

"DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES SUFICIENTES PARA CARACTERIZAÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante ilegalidade e prejuízo ao paciente.

2. Pela documentação acostada ao presente mandamus não é possível constatar o tempo em que o paciente permaneceu cautelarmente preso, o que impede o reconhecimento do constrangimento ilegal a que estaria submetido.

3. Como se sabe, o rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência da aventada ilegalidade.

4. Não há como se conhecer do mandamus no ponto em que pretende a aplicação da detração e da progressão de regime, visto que a questão não foi objeto de exame pelo Tribunal apontado como coator, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto.

(HC n. 327.766/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4/4/2017, DJe de 17/4/2017.)"

Ademais, verifica-se que não houve a indicação, por parte do Tribunal de origem, de elemento concreto para a fixação do regime fechado, verificando-se, assim, a ilegalidade em razão da ausência de fundamentação idônea, devendo-se **fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento de pena.**

Dessa forma, fixada a reprimenda definitiva em 8 anos de reclusão, **reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis**, cabível a imposição do regime semiaberto para o início do cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem, de ofício**, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta.

Comunique-se, o teor desta decisão ao Tribunal de origem e ao respectivo juízo de primeiro grau.

Após, ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora