



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 308.890 - SP (2014/0295181-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**  
**IMPETRANTE** : **MARCOS ANTONIO ANTUNES BARBOSA**  
**ADVOGADO** : **MARCOS ANTONIO ANTUNES BARBOSA**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO**  
**PACIENTE** : **ROLANDO COLMAN SPINOLA (PRESO)**

### EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A Suprema Corte, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

3. No caso, mesmo sendo a pena estipulada em 5 anos e 10 meses de reclusão, o Tribunal de origem, sem desconhecer aquela jurisprudência, manteve o regime mais gravoso em razão da natureza e quantidade da substância apreendida (2.100g de cocaína), a evidenciar a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, *ex vi* do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, em consonância com orientação pretoriana.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

### 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Brasília, 23 de junho de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 308.890 - SP (2014/0295181-1)**

### RELATÓRIO

#### **O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido de liminar impetrado em favor de ROLANDO COLMAN SPINOLA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Sustenta a impetração, em síntese, que a fixação de regime inicial fechado para o cumprimento de pena pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* da Lei n. 11.343/2006 (5 anos e 10 meses de reclusão), sem a devida fundamentação, viola o disposto no art. 33, §2º, "b", do Código Penal e configura constrangimento ilegal ao paciente.

Ainda, requer a alteração do regime prisional imposto para o semiaberto.

Liminar indeferida às fls. 40/41.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 48/50).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 308.890 - SP (2014/0295181-1)**

### VOTO

#### **O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):**

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Atinente ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

No caso, o Tribunal de origem, sem desconhecer aquela jurisprudência, manteve o regime mais gravoso em razão da quantidade e natureza da substância apreendida (2.100g de cocaína), em consonância com orientação pretoriana (HC 124108, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 13-11-2014, e HC 121389, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 07-10-2014).

Eis as razões lançadas no acórdão impugnado (fl. 35):

A determinação do regime inicial nos delitos de tráfico de entorpecentes deve ser feita com base no art. 33, § 3º, c. c. o art. 59, *caput*, do Código Penal, pois o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/07, segundo a qual seria obrigatório o regime inicial fechado (STF, HC n. 113.988, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 04.12.12; Emb. Decl. no Ag. Reg. no AI 779.444, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30.10.12; HC n. 107.407, Rel. Min. Rosa Weber, j. 25.09.12).

A fixação do regime de cumprimento de pena decorre logicamente da pena aplicada, bem como das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal.

Tendo em vista a aplicação da pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e as circunstâncias judiciais do art. 59, mantenho o regime inicial fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade, cabendo ao Juízo das Execuções Penais apreciar a progressão do regime de pena.

Assim, mesmo sendo a pena estipulada em 5 anos e 10 meses de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena mostra-se adequada,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levando em consideração a quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida, a evidenciar a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, *ex vi* do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte Superior:

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 n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP; Rel. Ministra 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 n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra 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 do Mato Grosso 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 (pasta-base de cocaína), bem como a expressiva quantidade do entorpecente (405,8 kg), 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.

(HC 303.898/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 27/11/2014)

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO (DOIS TERÇOS). INVIABILIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE VIABILIZAM O REGIME FECHADO PARA O INÍCIO DA EXPIAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosas.

2. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1/6 (um sexto), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

3. Para concluir em sentido diverso, infirmando-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ e do STF.

4. Mesmo não tendo a reprimenda alcançado 4 (quatro) anos de reclusão, as circunstâncias do caso - quantidade e natureza dos entorpecentes - recomendam a manutenção do regime fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

5. Pelas mesmas balizas, não se mostra socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

6. Ordem denegada.

(HC 191.322/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 11/04/2012)

Assim, não se verifica flagrante ilegalidade apta a justificar a eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0295181-1

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 308.890 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006664420124036116 6664420124036116

EM MESA

JULGADO: 23/06/2015

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                          |
|------------|------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : MARCOS ANTONIO ANTUNES BARBOSA         |
| ADVOGADO   | : MARCOS ANTONIO ANTUNES BARBOSA         |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO |
| PACIENTE   | : ROLANDO COLMAN SPINOLA (PRESO)         |
| CORRÉU     | : JUAN DOLORES COLMAN ESPINOLA           |

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e  
Uso Indevido de Drogas

#### **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, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.