



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 395.099 - SP (2017/0078211-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : FELIPE RUBIO CABRAL
ADVOGADO : FELIPE RUBIO CABRAL - SP356376
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLEI HENRIQUE RODRIGUES BUENO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o regime mais gravoso é necessário ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade elevada da droga apreendida, a qual, inclusive, fundamentou o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de junho de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 395.099 - SP (2017/0078211-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : FELIPE RUBIO CABRAL
ADVOGADO : FELIPE RUBIO CABRAL - SP356376
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLEI HENRIQUE RODRIGUES BUENO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WESLEI HENRIQUE RODRIGUES BUENO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2034971-84.2017.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 5/11).

Irresignada com o regime prisional fixado na sentença, a defesa impetrou *habeas corpus* na Corte local, cuja ordem foi denegada (fls. 14/18).

No presente *mandamus* (fls. 1/4), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impõe constrangimento ilegal ao paciente, pois não adequou o regime prisional fixado na sentença. Afirma que a hediondez e a gravidade abstrata do delito não podem motivar o regime mais gravoso e que, no caso, o paciente faz jus ao regime semiaberto, na medida em que é primário, as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis e a condenação não supera 8 anos de reclusão.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a alteração do regime prisional para inicial semiaberto.

Pedido liminar indeferido (fls. 43/44).

Informações prestadas às fls. 50/52 e 55/65.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem (fls. 69/76).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 395.099 - SP (2017/0078211-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora o impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se a fixação de regime mais brando em favor do paciente.

Sabe-se que 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.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

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.

No caso, o sentenciante fixou a pena-base do delito de tráfico de entorpecentes no mínimo legal de 5 anos de reclusão. Na segunda fase, ante o óbice da Súmula n. 231/STJ, a sanção não sofreu qualquer alteração. Por fim, na etapa derradeira, não foi reconhecida a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ante a expressiva quantidade do entorpecente apreendido (1,94kg de maconha), restando a sanção definitiva fixada em 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado. Transcrevo o trecho da sentença (fls. 9/10):

Os corréus Weslei e Diego são primários. Para o crime de tráfico aplico-lhes a pena base no mínimo, ou seja, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa. Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes, mantenho a pena fixada para Diego e deixo de reduzir pela menoridade de Wesley por estar no mínimo legal (Súmula 231 do STJ). Na terceira fase, apesar da primariedade, a quantidade de droga apreendida, suficiente para confecção de cerca de 3880 baseados ou “fininhos”, bem como a circunstância de terem se unido para facilitar o cometimento do crime, obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

(...)

Considerando a natureza do delito praticado, que fomenta uma série de outros delitos, colocando em risco a segurança pública e a paz social, especialmente em pequena cidade do interior paulista, bem como a quantidade de pena aplicada, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Por tais fundamentos, fixo regime inicial fechado para início de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento das penas aplicadas.

O acórdão recorrido, por sua vez, consignou que o aludido julgado não padece de qualquer irregularidade caracterizadora de ilegal constrangimento, pois está formalmente em ordem e devidamente fundamentado (fl. 17).

Pela leitura do excerto acima transcrito, infere-se que a fundamentação utilizada para a fixação do regime mais gravoso do que a pena de 5 anos de reclusão comporta cingiu-se à gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes.

Todavia, ainda que se exclua dita motivação, não há que se falar em ilegalidade na fixação do regime prisional fechado. Isto porque, embora a pena-base tenha sido estabelecida no mínimo legal, a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastada em virtude da gravidade concreta do delito, evidenciada pela elevada quantidade do entorpecente apreendido (*1.94kg de maconha*), elemento que enseja uma maior repressão estatal e justifica o regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

A propósito, destaco:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento registrado na origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a considerável quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação dos pacientes às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

5. Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e os pacientes sejam primários, a variedade, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 48 porções de crack, 70 porções de maconha e 169 tubos eppendorf de cocaína - utilizadas na terceira fase da dosimetria, para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso.

(...)

Habeas corpus não conhecido. (HC 375.681/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - 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 apta a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício II - Os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa para a incidência dessa causa especial de diminuição de pena. É o caso dos autos, haja vista a dedicação a atividades criminosas, evidenciada pelo conjunto probatório dos autos, bem como pela quantidade de droga apreendida (conforme a r. sentença - 933 comprimidos de ecstasy).

III - Nos crimes tipificados na Lei 11.343/06, por força do art. 42 da Lei 11.343/06, a quantidade e a natureza da droga podem influenciar na fixação de regime prisional mais gravoso do que o admitido em função do quantum de pena, desde que seja considerada na dosimetria, uma vez que o estabelecimento do regime de cumprimento de pena é decorrência lógica dessa operação, conforme determinam os artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59, do Código Penal. É o caso dos autos, em que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, é primário, mas a quantidade e a natureza da droga foram relevantes para afastar a causa especial de diminuição de pena.

Habeas corpus não conhecido. (HC 370.471/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 09/12/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte, **não conheço do habeas corpus**, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0078211-2

HC 395.099 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010873320168260615 10873320168260615 20170000230656 20349718420178260000

EM MESA

JULGADO: 06/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FELIPE RUBIO CABRAL
ADVOGADO	: FELIPE RUBIO CABRAL - SP356376
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WESLEI HENRIQUE RODRIGUES BUENO
CORRÉU	: DIEGO ROBERTO VIEIRA
CORRÉU	: CLÓVIS ALEXANDRE ALMEIDA DE JESUS

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.