



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.040 - RS (2015/0168166-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DANIEL ADILIO CABRAL DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO QUE NÃO CABE NA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL ANTE O PATAMAR DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO, NA SENTENÇA, COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REINCIDÊNCIA. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– A alegada falta de provas de que o paciente teria praticado o delito de tráfico de drogas, bem como a possibilidade de desclassificação da conduta para o tipo previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 demandariam o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes.

– Verificando a inexistência de qualquer coação ilegal na dosimetria da pena, feita em consonância ao disposto nos arts. 59 e 68 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, deve ser mantida a sanção imposta. Em decorrência, tendo em vista a pena de 5 anos e 6 meses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão, inviável a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos, pois o patamar da sanção não atende ao requisito previsto no art. 44, I, do Código Penal.

– 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. Diante disso, há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado.

– Por outro lado, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, inexistente coação ilegal na fixação do regime fechado a acusado reincidente que, pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, teve sua sanção corporal definitiva estabelecida em 5 anos e 6 meses de reclusão.

– *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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.040 - RS (2015/0168166-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DANIEL ADILIO CABRAL DOS SANTOS

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus*, substituto de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de DANIEL ADILIO CABRAL DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n. 0490972.53.2014.8.21.7000).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe aplicada a pena corporal de 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime fechado, e multa (e-STJ fls. 149/161).

Irresignada, a defesa apelou, tendo o Tribunal de origem dado provimento parcial ao apelo, excluindo o aumento decorrente do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e, em consequência, redimensionando a pena para 5 anos e 6 meses de reclusão (e-STJ fls. 203/216).

No presente *writ*, alega a impetrante, em suma, que não há provas nos autos que sustentem a condenação, tendo em vista ser o paciente usuário de drogas e não comercializador, devendo ser absolvido ou desclassificada a infração.

Aduz, ainda, que o regime inicial de cumprimento da pena é inadequado ao caso, requerendo a alteração do regime fechado para o semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pleiteia o deferimento de medida liminar para cassar o acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ou, alternativamente, a alteração do regime inicial de cumprimento da pena.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 225/227).

Informações prestadas (e-STJ fls. 238/249).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento da ordem (e-STJ fls. 254/256).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.040 - RS (2015/0168166-0)

VOTO

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

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que deu provimento parcial ao apelo interposto pela defesa, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, ensejaria a hipótese de recurso especial.

Assim, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise das teses defensivas, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a absolvição do paciente ou a desclassificação da conduta para o tipo do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Sucessivamente, busca a fixação de regime menos gravoso para o cumprimento da pena e a aplicação do art. 44 do CP.

De pronto, destaque-se que, quanto à alegada falta de provas de que o paciente teria praticado o delito de tráfico de drogas, bem como no que tange à aventada possibilidade de desclassificação da sua conduta para a infração penal prevista no artigo 28 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 11.343/2006, é imperioso consignar que as instâncias de origem formaram seu livre convencimento de acordo com o conjunto probatório produzido no curso da instrução criminal, concluindo pela existência de autoria e materialidade.

Assim, a desconstituição do édito repressivo, conforme pretendido pela defesa, demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTES LEONILDO E GILBERTO. REINCIDENTES. PACIENTE WAGNER. CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA. PACIENTE QUE EXERCI A SEGURANÇA ARMADA NO LOCAL DO TRÁFICO. NÃO CONHECIMENTO.

1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ

2. Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar à conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 330.074/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 22/10/2015) - (grifei).

Analisando os autos, constata-se que, na sentença, a pena-base foi fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão. Na segunda fase, a pena foi aumentada em 6 meses, pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravante da reincidência. Por fim, ante a causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.434/2006, majorou-se a pena em 1/6, restando a pena definitiva em 6 anos e 5 meses de reclusão (e-STJ fl. 159).

Ao julgar o apelo defensivo, o Tribunal local excluiu a causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.434/2006, reduzindo a pena para 5 anos e 6 meses de reclusão.

Assim, verificando a inexistência de qualquer coação ilegal na dosimetria da pena, feita em consonância ao disposto nos arts. 59 e 68 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, deve ser mantida a sanção imposta.

Em decorrência, mantida a pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, inviável a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos, pois o patamar da sanção não atende ao requisito previsto no art. 44, I, do Código Penal.

Quanto ao regime, foi estabelecido, na sentença, o fechado, nos seguintes moldes:

O regime inicial de cumprimento será o fechado, à vista da previsão contida no art. 2º, par. 1º, da Lei 8.072/90, em local a ser fixado pela VEC, por conta da pena imposta e da condição de reincidente do condenado, que não recomendam a adoção de regime menos severo (e-STJ fl. 159).

O Tribunal manteve o regime fechado, destacando, para tanto, a reincidência do paciente (e-STJ fl. 212).

Como é cediço, 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.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Assim, entendo que as referências feitas, na sentença, à hediondez do delito devem ser afastadas como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso pelo sentenciante.

Contudo, destaco que, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, inexistente qualquer coação ilegal na fixação do regime fechado a acusado reincidente que, pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, teve sua sanção corporal definitiva estabelecida em 5 anos e 6 meses de reclusão.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA DO RÉU. REGIME PRISIONAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Para afastar a conclusão motivada da instância antecedente e analisar as teses da defesa - de que não há provas inequívocas para a condenação e de que a droga apreendida se destinava ao consumo do próprio paciente -, seria necessário o aprofundado exame de fatos e provas dos autos, a ensejar o rejugamento da causa, providência inviável no habeas corpus.

2. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

3. *Fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista da reincidência do réu.*

4. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, pois o Juiz sentenciante destacou a reincidência do paciente e a quantidade de pena aplicada (7 anos e 6 meses de reclusão).

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas somente é cabível se preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44 do Código Penal, não sendo possível conferir a benesse ao paciente, pois condenado a pena superior a 4 anos de reclusão.

6. Ordem não conhecida. (HC 326.462/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 11/9/2015) - (grifei).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DE QUE O ENTORPECENTE SE DESTINA A CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REINCIDÊNCIA. REGIME MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

(...)

2. O habeas corpus constitui-se meio impróprio para apreciar a alegação de ausência de provas suficientes para a condenação do paciente ou a pretendida desclassificação para outro crime.

3. A teor do disposto no art. 33, § 2º, "b", do CP, o réu reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, deverá, desde o princípio, cumprir a pena no regime inicial fechado, mesmo se favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

4. No caso, embora fixada a sanção em patamar equivalente à aplicação do regime intermediário (5 anos e 10 meses), a adoção do regime fechado para cumprimento inicial da pena justifica-se pela reincidência delitiva.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 304.796/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 19/06/2015) - (grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0168166-0

HC 330.040 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121400564130 02701888420148210001 121400564130 2701888420148210001
4909725320148217000 70062984091

EM MESA

JULGADO: 17/11/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: DANIEL ADILIO CABRAL DOS SANTOS

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.