



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 318.155 - SP (2015/0048482-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **ANTÔNIO DA SILVA CARNEIRO**
ADVOGADO : **ANTÔNIO DA SILVA CARNEIRO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **CESAR AUGUSTO DA SILVA ROCETO**

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 DEFINITIVA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE DE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PRECEDENTES. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO RECONHECIMENTO. PACIENTE REINCIDENTE. NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.434/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO, NA SENTENÇA, COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME E NA REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DA HEDIONDEZ AFASTADA. REINCIDÊNCIA. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– "A jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido" (AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015).

– Por decorrer de expressa previsão legal, não há constrangimento ilegal pelo uso da reincidência para agravar a pena e impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.434/2006.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 patamar superior a 5 anos 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, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 318.155 - SP (2015/0048482-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : ANTONIO DA SILVA CARNEIRO
ADVOGADO : ANTONIO DA SILVA CARNEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CESAR AUGUSTO DA SILVA ROCETO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de CESAR AUGUSTO DA SILVA ROCETO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao negar provimento à Apelação n. 0085036-40.2012.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação na Corte de origem, a qual foi negado provimento, recebendo o acórdão a seguinte ementa (fl. 6):

Apelação - Defesa - Tráfico de Drogas - Materialidade e autoria comprovadas - Réu preso em flagrante - Apreensão de 13 porções de maconha (15,5 gramas) e de 09 eppendorfs de cocaína (3,7 gramas) - Circunstâncias reveladoras do crime de tráfico de entorpecentes - Condenação mantida - Dosimetria - Pena fixada no mínimo legal - Incidência da circunstância agravante da reincidência - Causa de Diminuição - Artigo 33, § 4", da Lei nº 11.343/2006 - Inaplicabilidade por ausência de requisito legal - Redução que deve se voltar às hipóteses de agente primário, de bons antecedentes, e que não se dedique às atividades criminosas - Pena Restritiva de Direitos - Substituição - Impossibilidade - Ausência de requisito legal - Regime fechado que se impõe. Recurso de Apelação Desprovido.

Na presente impetração, a defesa pretende discutir a dosimetria da pena, bem como o regime prisional aplicado. Para tanto, afirma que o paciente possui condições



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personais favoráveis. Aduz que o regime inicial fechado foi imposto tão somente em razão da gravidade abstrata do delito.

Diante disso, pede, liminarmente, pela suspensão do mandado de prisão e, no mérito, pela revisão da dosimetria da pena, bem como imposição de regime menos gravoso para o início do cumprimento da pena.

Indeferido o pedido liminar (fls. 26/27), prestadas as informações (fls. 36, 38/57 e 58), o Ministério Público Federal pelo não conhecimento da ordem, ou, se conhecida, por sua denegação (fls. 63/67).

Pedido de reconsideração às fls. 73/74.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 318.155 - SP (2015/0048482-0)

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.

Cumpre 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, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª 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, insurge-se a defesa contra a dosimetria realizada pelas instâncias ordinárias, ao fundamento de que o paciente não é reincidente e, diante disso, merece ver sua pena reduzida, bem como aplicado regime prisional mais brando.

No caso, o sentenciante, após as considerações acerca da materialidade e autoria do delito de tráfico de entorpecentes, aplicou a pena-base em 5 anos de reclusão, mínimo legal previsto para o tipo. Na segunda fase, reconhecida a reincidência, foi exasperada a pena em 1/6, o que resultou na pena definitiva de 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa, uma vez que afastado o disposto no § 4º do referido art. 33 em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência do paciente.

O Tribunal de origem, por sua vez, ao julgar o apelo defensivo, manteve a condenação, consignando que (fls. 13/15):

Passo à análise da pena.

A pena-base foi fixada no mínimo legal e aumentada em 1/6 diante da reincidência do réu, bem demonstrada nos autos, e se tornou definitiva em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa em seu mínimo unitário, em virtude da ausência de outras causas modificativas, não comportando qualquer reparo.

Em pesem as alegações da defesa, não era mesmo o caso de ser aplicada a causa especial de redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343, eis que o recorrente não preenche os requisitos necessários à concessão da benesse. A aplicação do redutor encontra óbice na reincidência do acusado.

Ressalto ainda que a prova dos autos parece indicar a dedicação contumaz ao crime em questão, haja vista a existência de condenação definitiva por delito semelhante ao aqui tratado e a denúncia anônima que culminou com a sua prisão, tudo a indicar que possui personalidade voltada à prática do tráfico de entorpecentes e que a condenação anterior não bastou a que se emendasse. Vale dizer também que as penas a que foi submetido não se revelaram suficientes a levá-lo à reflexão quanto à inconveniência da criminalidade.

Tais circunstâncias são o bastante para o afastamento da causa especial de redução da pena, que é direcionada àqueles indivíduos que não fazem da narcotraficância o meio de vida.

Entendo também que descabe a fixação de regime diverso e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, diante da expressa e inequívoca gravidade do crime.

Não se olvide da recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo, em caráter incidental, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, que estabelece o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, aos agentes condenados por crimes hediondos e equiparados (STF, 111.840/ES, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado de 27-06-12), todavia, a norma citada está em pleno vigor e o recente entendimento da Suprema Corte não impõe de forma obrigatória o acatamento do novo entendimento.

Registra-se ainda que o Excelso Supremo Tribunal Federal recentemente também reconheceu, de modo incidental, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em pena restritiva de direitos” constantes dos artigos 33, § 4º e 44 da Lei Antidrogas. condenação definitiva por delito semelhante ao aqui



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tratado e a denúncia anônima que culminou com a sua prisão, tudo a indicar que possui personalidade voltada à prática do tráfico de entorpecentes e que a condenação anterior não bastou a que se emendasse. Vale dizer também que as penas a que foi submetido não se revelaram suficientes a levá-lo à reflexão quanto à inconveniência da criminalidade.

Tais circunstâncias são o bastante para o afastamento da causa especial de redução da pena, que é direcionada àqueles indivíduos que não fazem da narcotraficância o meio de vida.

Entendo também que descabe a fixação de regime diverso e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, diante da expressa e inequívoca gravidade do crime.

Não se olvide da recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo, em caráter incidental, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, que estabelece o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, aos agentes condenados por crimes hediondos e equiparados (STF, 111.840/ES, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado de 27-06-12), todavia, a norma citada está em pleno vigor e o recente entendimento da Suprema Corte não impõe de forma obrigatória o acatamento do novo entendimento.

Registra-se ainda que o Excelso Supremo Tribunal Federal recentemente também reconheceu, de modo incidental, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em pena restritiva de direitos” constantes dos artigos 33, § 4º e 44 da Lei Antidrogas.

Além de o acórdão recorrido ter afirmado a reincidência do paciente, a folha de antecedentes criminais juntada às fls. 52/57, atestada a reincidência específica do paciente.

De pronto, vale consignar que "a jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido" (AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015).

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CERTIDÃO CRIMINAL COMO PROVA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESNECESSIDADE.

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. O reexame da dosimetria da pena em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo de norma que acarrete flagrante ilegalidade.

3. Segundo entendimento desta Corte, é prescindível a juntada de certidão cartorária como prova dos maus antecedentes e da reincidência, sendo perfeitamente possível a comprovação através de consulta ao sítio eletrônico do Tribunal. Precedentes.

4. Na hipótese, o Tribunal a quo manteve a majoração da pena-base pela valoração da circunstância judicial dos antecedentes e o reconhecimento da agravante da reincidência, com base em consulta ao Sistema de Automação do Judiciário - SAJ, no qual verificou-se que o paciente possui diversos registros, inclusive com mais de uma condenação transitada em julgado.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 318.602/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 04/03/2016) - grifei.

Assim, inviável o afastamento da reincidência do ora paciente, como solicitado pela defesa.

Ademais, verifica-se não haver desproporção na fração utilizada para exasperar a pena, em razão da reincidência, uma vez que aumentada a pena em 1/6.

E, na terceira fase, a reincidência foi utilizada para impossibilitar a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois o referido dispositivo prevê, expressamente, que a redução da pena opera-se desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Assim, por decorrer de expressa previsão legal, não há que se falar em constrangimento ilegal pelo uso da reincidência nas duas fases da dosimetria da pena. A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICADA A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM RAZÃO DE CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DE TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL NEGADA EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. 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.

3. Não se vislumbra, constrangimento ilegal na dosimetria do paciente, porquanto devidamente fundamentada, à luz da legislação de regência da matéria - art. 59 do Código Penal, e art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - não havendo flagrante ilegalidade a ser sanada pela via estreita do writ. Na primeira fase, a pena-base do delito de tráfico foi fixada no mínimo legal, ante a inexistência de motivos para sua exasperação. Na segunda fase da dosimetria, incidiu a agravante da reincidência, em razão de o paciente ostentar condenação anterior pelo delito de tráfico. Na terceira etapa, escoreita a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por trata-se, como visto, de réu reincidente, não preenchendo, pois, os requisitos legais para concessão da benesse.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 298.516/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014) - grifei.

Quanto ao pleito defensivo de reconhecimento da figura do tráfico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privilegiado, mister salientar que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Na espécie, verifica-se que as instâncias de origem negaram a incidência da referida minorante em razão da reincidência do paciente.

Assim, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, porquanto não preenchidos pelo paciente os requisitos legais para a concessão da *benesse* em comento. Com efeito, a reincidência configura óbice à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, consoante precedentes que destaco:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. NULIDADE. AUSÊNCIA. OFENSA AO MÉTODO TRIFÁSICO. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS PENAIIS SECUNDÁRIOS. REINCIDÊNCIA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REINCIDÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

4. Não se aplica a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação pra o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei. Ainda que assim não fosse, não seria possível a aplicação da referida minorante, haja vista que o paciente é reincidente, o que, por si só, já afastaria a incidência da benesse.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 342.317/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EM RAZÃO DE CONDENAÇÃO ANTERIOR POR CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCENTES. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

03. Reconhecido pelas instâncias ordinárias a reincidência do paciente, não há como aplicar causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse.

04. Habeas corpus não conhecido. (HC 336.398/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015) - grifei.

Quanto ao regime, o sentenciante fixou o fechado com base na reincidência do acusado e na hediondez do delito, conforme destacado no trecho acima aludido.

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.

Assim, entendo que as referências feitas à hediondez e à gravidade abstrata do delito devem ser afastada como fundamentos utilizados para o estabelecimento do regime mais gravoso pelas instâncias ordinárias.

Por outro lado, destaque-se que 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:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, a necessidade do regime mais gravoso deve-se à reincidência do paciente, o que está em consonância ao disposto no art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal, motivo pelo qual é de ser mantido o regime fechado.

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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte Superior de Justiça, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0048482-0

HC 318.155 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00850364020128260050 20150000106101 850364020128260050

EM MESA

JULGADO: 15/03/2016

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 : ANTÔNIO DA SILVA CARNEIRO
ADVOGADO : ANTÔNIO DA SILVA CARNEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CESAR AUGUSTO DA SILVA ROCETO

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, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.