



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.873 - SP (2014/0266753-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILVIO FONTES DO AMARAL

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 DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE DE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PRECEDENTES. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO RECONHECIMENTO. PACIENTE REINCENTE. NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.434/2006. 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 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 que se falar em *bis in idem* 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- É de ser mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado, ante a reincidência do paciente e, como bem ressaltado pelo acórdão recorrido, pela quantidade da droga apreendida, fundamentação que se encontra em consonância aos julgados desta Corte Superior de Justiça.
- Mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 5 anos de reclusão não atende ao requisito objetivo do 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 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), 17 de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.873 - SP (2014/0266753-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILVIO FONTES DO AMARAL

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de SILVIO FONTES DO AMARAL contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação n. 0004327-83.2013.8.26.0114

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática da conduta descrita no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena corporal de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado (fls. 51/53).

Irresignada, a defesa apelou, tendo o Tribunal de origem mantido íntegra a condenação (fls. 88/94).

No presente *habeas corpus*, a Defensoria Pública destaca que foi reconhecida a reincidência sem certidão criminal, com base apenas em folha de antecedentes. Alega, ainda, ter ocorrido dupla valoração pelo mesmo fato, uma vez que o julgador considerou a reincidência para exasperar a pena-base, bem como para afastar a aplicação da causa de diminuição da pena.

Argumenta que a pequena quantidade de droga apreendida possibilita a aplicação do redutor pelo tráfico privilegiado. Sustenta, ainda, que o regime prisional foi estabelecido com base na gravidade abstrata do delito praticado.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, o reconhecimento das primariedade do acusado, a redução máxima da reprimenda pela aplicação da causa especial de redução da pena inserta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto para o cumprimento da reprimenda e a aplicação do art. 44 do CP.

Pedido liminar indeferido (fls. 13/14).

Informações prestadas às fls. 145/162 e 164/187.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 191/203).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.873 - SP (2014/0266753-0)

VOTO

O EXMO. SENHOR 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 a 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 a defesa o reconhecimento das primariedade do acusado, a redução máxima da reprimenda pela aplicação da causa especial de redução da pena inserta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda e a aplicação do art. 44 do CP.

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, reconhecidas a confissão e a reincidência, foi procedida a compensação entre elas, restando a pena definitiva em 5 anos de reclusão, pois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ausentes causas modificativas (fl. 52).

O Tribunal de origem, por sua vez, ao julgar o apelo defensivo, manteve a condenação e, quanto à dosimetria, o voto condutor do acórdão recorrido consignou que (fls. 90/91):

A pena-base foi fixada no mínimo legal a minguada de antecedentes criminais.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea e, em que pesem as alegações da defesa em relação à incidência da circunstância agravante da reincidência, verifico que a circunstância agravante está comprovada nos autos, eis que a na folha de antecedentes juntada a fls. 08 do apenso, consta o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes. Assim, mantenho a compensação tal como lançada na sentença.

Diante da ausência de outras causas modificativas, a pena se tornou definitiva em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa em mínimo unitário.

O MM Juízo de primeiro grau adequadamente deixou de aplicar 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.

Ao contrário do que pretende a defesa, a aventada tese de "bis in idem" em razão da incidência da circunstância agravante da reincidência e a não aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas não prospera.

A circunstância agravante da reincidência, por expressa previsão legal, serve a agravar a pena e a vedar benesses.

(...)

Ademais, a norma buscou dar ao juiz a possibilidade de no caso concreto aplicar pena menos rigorosa ao réu primário, de bons antecedentes, que não se dedicasse a atividades criminosas e não integrasse organização criminosa, e a intenção do legislador é clara: dispensar tratamento diferenciado ao "traficante menor", em detrimento do "traficante organizado".

A previsão está assentada no princípio da individualização da pena e, assim, não afronta a ordem constitucional. Trata-se de regra não obrigatória, facultando ao Magistrado sua aplicação ou não, de acordo com o caso em exame, de forma fundamentada.

Além disso, entendo inaplicável esta causa de redução de pena, uma vez que a quantidade de drogas apreendidas - 10 porções de cocaína - bem indica a dedicação efetiva e não eventual à venda de substâncias entorpecentes, não parecendo coerente que o réu,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desempregado - não fez prova de algum vínculo com atividade lícita - estivesse de posse de tais drogas, de valor considerável, sem que a tanto não estivesse ligado a outros indivíduos versados na mesma 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.

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. 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Em relação ao argumento defensivo de que ocorreu, na espécie, o vedado *bis in idem*, pois a reincidência foi utilizada, na segunda fase, para agravar a pena e, na terceira fase, para impossibilitar a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, entendo, também, que o argumento defensivo não prospera, pois este último 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 *bis in idem* pelo uso da reincidência nas duas fases da dosimetria da pena. A 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 REINCIDENTE. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, escorreita 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 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 e, como bem ressaltado pelo acórdão recorrido, pela quantidade da droga apreendida, circunstância que indica a dedicação à atividade criminosa.

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 11.343/06, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 REINIDENTES. 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.

Por acréscimo, vale consignar que esta Corte Superior também entende ser possível que a quantidade da droga apreendida embase o não reconhecimento da minorante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Destaco:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No caso, mostra-se inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição, haja vista ter sido destacado pelo Tribunal a quo o envolvimento dos pacientes com a prática de atividades ilícitas, demonstrado especialmente pela expressiva quantidade de entorpecente apreendido - 403 invólucros plásticos contendo "maconha" e um tijolo da mesma substância, totalizando peso líquido de 1.157,5 gramas.

(...)

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 275.627/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.

Assim, mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 5 anos de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Quanto ao regime, o sentenciante fixou o fechado com base na reincidência do acusado e na hediondez do delito (fl. 52).

O acórdão recorrido manteve o regime mais gravoso, destacando a gravidade abstrata do delito e na sua hediondez (fls. 93/94).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes hediondos e equiparados.

Assim, entendo que as referências feitas, na sentença e no acórdão recorrido, 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 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, o próprio sentenciante consignou a necessidade do regime mais gravoso, considerando a 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2014/0266753-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 306873 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00043278320138260114 43278320138260114

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILVIO FONTES DO AMARAL

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.