



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 23.694/CS

HABEAS CORPUS Nº 130.070 - PARANÁ

IMPETRANTE: CHRISTIAN BUENO MOREIRA E OUTRO (A/S)

PACIENTE: HAMILTON CAMARGO KLEINSCHMIDT

IMPETRADO: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PLEITO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA E FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. ALEGAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO *HABEAS CORPUS*. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MÉRITO. IMPROCEDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. DOSIMETRIA DA PENA FUNDAMENTADA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE DEDICAVA-SE À ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO *MANDAMUS* E, SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Hamilton Camargo Kleinschmidt** contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do *Habeas Corpus* nº 319.421/PR.
2. O recorrente foi condenado em primeira instância à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33 da Lei 11.343/06.
3. Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, pugnando pela revisão da dosimetria da pena imposta ao paciente, com a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06; pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e pela fixação de regime prisional mais brando.

4. O recurso foi desprovido pela Corte Estadual, ensejando a impetração de *habeas corpus* pela defesa, substitutivo de recurso especial, perante o Superior Tribunal de Justiça, com idêntica pretensão.

5. A Quinta Turma do STJ, em acórdão da lavra do eminente Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/SC) não conheceu do *mandamus*, em acórdão sintetizado na seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 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, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem entenderam que, pelas circunstâncias do crime, o paciente dedicava-se a atividades criminosas.

3. Para se concluir de forma diversa, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. ELEVADA QUANTIDADE DO ESTUPEFACIENTE

APREENDIDO. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a gravidade concreta do crime, evidenciada pela elevada quantidade do entorpecente apreendido - **4,99 kg de maconha** -, justifica a imposição do modo prisional fechado.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando encontram-se preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44, do Código Penal.

2. Na hipótese, a pena foi estipulada em patamar superior a quatro anos, impedindo a conversão da reprimenda corporal em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP.

3. *Habeas Corpus não conhecido.*”

6. Insurgindo-se contra essa decisão, a defesa impetra o presente *mandamus* insistindo que o paciente faz jus à aplicação da causa especial de redução de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Assevera que a Corte Estadual, ao negar provimento à apelação, incidiu em *reformatio in pejus*, pois teria acrescido novos fundamentos que vedariam a incidência do benefício pleiteado. Destaca, ainda, que o regime fechado foi fixado pelo juízo sentenciante sem fundamentação idônea e em sede de apelação o Tribunal também teria inovado na fundamentação para justificar a fixação do regime mais gravoso.

7. Nesse contexto, requer: a) aplicação da causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) em seu patamar máximo de 2/3; b) substituição da pena privativa de liberdade aplicada por restritivas de direitos; c) fixação do regime semiaberto, com fundamento no art. 33, § 2º, ‘c’, do Código Penal, bem como seja garantido que, não havendo vagas em estabelecimento adequado, que a reprimenda seja cumprida em regime menos gravoso.

8. O parecer é pelo não conhecimento do *mandamus*.
9. O *habeas corpus* precedente não foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça dada a impossibilidade de utilização do *writ* em substituição ao recurso especial e/ou revisão criminal.
10. A decisão está em harmonia com o posicionamento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o *habeas corpus* para substituir recursos de natureza extraordinária ou a revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal, entendimento que se aplica integralmente ao presente caso, impondo-se o não conhecimento do *mandamus*.
11. Ademais, a principal tese veiculada nas razões da impetração – *reformatio in pejus* decorrente do agravamento da fundamentação lançada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – não foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça na decisão recorrida. Assim, a apreciação da matéria originariamente pela Suprema Corte implicaria em supressão de instância. No mesmo sentido:

“HABEAS CORPUS. QUESTÃO DE DIREITO NÃO DECIDIDA COLEGIADAMENTE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. Habeas corpus não pode ser utilizado para o reexame dos pressupostos de admissibilidade recursal. 2. Não compete ao Supremo Tribunal Federal reexaminar as condições de cabimento de recursos para julgar a causa ou para determinar ao Superior Tribunal de Justiça que aprecie o mérito da insurgência. 3. Inexistindo deliberação colegiada do Superior Tribunal de Justiça a respeito da questão de fundo suscitada pelo impetrante, não compete ao Supremo Tribunal Federal analisá-la originariamente, sob pena de indevida supressão de instância. 4. Agravo regimental desprovido.” (HC 124561 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, Dje de 04-03-2015)

12. Por fim, a questão posta pelos impetrantes não é passível de ser decidida em sede de *habeas corpus* por demandar o exame valorativo da prova. Já decidiu essa Corte que *“o habeas corpus não é prestante para revisar os elementos de prova invocados pelas instâncias de mérito a refutar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006”*¹.

13. No mérito, o parecer é pela denegação da ordem.

14. Ao realizar a dosimetria da pena, o Juízo afastou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, aos seguintes fundamentos:

“Incabível o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, haja vista que, apesar de o réu ser primário e ostentar bons antecedentes, a quantidade de droga apreendida é relevante”.

15. Ao analisar a possibilidade de incidência da minorante, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná consignou que o paciente dedicava-se a atividades criminosas:

“Penso que a quantidade da droga arrestada (4.990 gramas ou 4,99 quilogramas de 'maconha' - auto de constatação provisório de substância entorpecente à fl 32 e laudo toxicológico definitivo à fl. 119), não atinge patamar que veda, por si só, a aplicação desta causa especial de diminuição de pena.

Até mesmo porque, de certidão extraída do Sistema Oráculo (fls. 63/34) verifica-se que o réu é primário e de bons antecedentes.

Porém, das informações coligidas no decorrer da persecução criminal, infere-se que o paciente dedicava-se à atividades criminosas.

(...)

Logo, não há que se falar em ilegalidade pelo não reconhecimento da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sobretudo porque não preenchido um dos requisitos à sua concessão.

(...)

Por derradeiro, não obstante a motivação reformada pela declinação ao reconhecimento da minorante se funde no fato de o réu dedicar-se à

¹ RHC 94806/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE 67, publicado em 16/4/2010.

atividades criminosas e não mais pela quantidade de substância entorpecente, friso que a pena-base fora fixada no mínimo legal previsto no tipo. Ou seja, eventual alegação de bis in idem pela dúplice valoração do artigo 42 da Lei 11.343/2006 e na terceira fase (artigo 33, § 4º da mesma Lei) está descartada.”

16. Argumentam os impetrantes que a Corte Estadual incorreu em *reformatio in pejus*, já que, em sede de recurso exclusivo da defesa, teria se valido de fundamentos inovadores para manter a vedação da incidência da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06. Todavia, a tese é improcedente.

17. Com efeito, não há falar em *reformatio in pejus* quando não agravada a situação punitiva do apenado. A apelação devolve ao Tribunal o conhecimento da questão impugnada na profundidade necessária ao seu exame.

18. Assim, poderia o Tribunal, em grau de recurso, analisar a legalidade da pretensão, dizendo as razões porque, no entender, não cabia a aplicação do benefício. O fato de o Juiz de dado outros motivos além daqueles postos na sentença não implicou em piora na situação do paciente, tendo o Tribunal se limitado a fundamentar a sua decisão.

19. O que importa para se aferir eventual *reformatio in pejus* é que a sanção continuou a mesma, não havendo piora na situação punitiva do paciente.

20. Já afirmou essa Suprema Corte, em precedente de que foi Relatora a eminente Ministra Cármen Lúcia, que “*não há reformatio in pejus na sentença penal condenatória que, ao manter a pena definitiva anteriormente fixada, não agrava a pena aplicada na sentença anulada nem piora a situação dos Pacientes*” (HC nº 113.512/MT, DJ de 16.12.2013).

21. Quanto ao regime prisional, também não se verifica ilegalidade na decisão da Corte Estadual. O juízo sentenciante fundamentou o regime fechado nos seguintes termos:

*“nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, deve o réu iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.
(...) a imposição do regime de pena mais brando desde o início não permitiria que a pena cumprisse a sua função ressocializadora e retributiva, o que ao meu sentir, constitui óbice na hipótese concreta – a despeito das circunstâncias judiciais favoráveis – que o acusado inicie o cumprimento de sua reprimenda no regime mais favorável desde o início. Deve ser ponderado que a fixação do regime inicial mais brando importaria em subverter a própria ordem constitucional vigente, que estabeleceu tratamento diferenciado para os crimes hediondos e equiparados, como é o caso do tráfico de drogas, conforme previsão estampada no art. 5º, XLIII da Magna Carta Pátria”*

22. Em sede de apelação, entendeu o Tribunal de Justiça que o regime fechado deveria ser mantido, aos seguintes fundamentos:

*“Tendo em conta a pena originalmente aplicada (cinco anos) e decrescido o período em que cumpriu prisão provisória (sete meses e sete dias), chega-se à monta de quatro (04) anos, quatro (04) meses e vinte e três (23) dias de reclusão. Ou seja, tempo de pena corpórea equivalente ao regime semiaberto, em análise superficial.
Porém, a quantidade da droga apreendida (4,99 kg de 'maconha – fls. 32 e 119) constitui fundamento idôneo à aplicação de regime mais severo do que a pena aplicada permite.
(...)
Desta feita, mantenho o regime fechado para o inicial cumprimento da pena corpórea, ainda que por motivação distinta”*

23. Entende o Ministério Público que a decisão emanada da Corte Estadual não constitui *reformatio in pejus*, pois não prejudicou a situação prisional do paciente. Como se observa, tanto a primeira quanto a segunda instância elegeram o regime prisional fechado como adequado às circunstâncias do delito cometido pelo paciente.

24. Assim na fixação do regime prisional, como na dosimetria da pena,

não há falar em *reformatio in pejus* quando não agravada a situação prisional ou punitiva do paciente.

25. No mais, o art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 autoriza a redução da reprimenda de um sexto a dois terços quando o réu for primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

26. Na hipótese, o paciente foi condenado porque foi surpreendido com quase 5 kg de maconha. Embora tal circunstância não vede, por si só, a incidência da causa de redução da pena, há nos autos elementos comprobatórios de que o paciente praticava habitualmente a traficância, sendo esse fundamento suficiente para justificar a negativa da benesse do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. A esse respeito, destaca-se o seguinte excerto extraído do acórdão que negou provimento à apelação:

“Porém, das informações coligidas no decorrer da persecução penal, infere-se que o paciente dedicava-se à atividades criminosas.

A ilação advém de próprio testemunho da corré (fls. 27/28), no sentido de que o arresto não fora a primeira oportunidade em que entregava drogas na residência do apelante: 'faria três viagens trazendo droga para a Lapa e entregaria para polaco (Hamilton Carmargo Kleinschmidt) (...) que recebeu desta senhora um invólucro no qual possivelmente tinha cocaína, pois a interrogada não abriu para verificar. Que tal invólucro foi entregue para polaco aqui na lapa.'

Os próprios policiais militares que empreenderam a prisão em flagrância delitiva, Marcelo de Freitas Hoffmann e Antônio dos Santos Soares, tanto na Delegacia (fls. 08/09), quanto em Juízo (fls. 132/133 e mídia), foram uníssonos no sentido de que receberam várias denúncias anônimas (via 190) de que o apelante, tido pela alcunha de 'Polaco', praticava o tráfico de drogas nas adjacências.

Não fosse o suficiente, o segundo miliciano citado asseverou que, em momento pretérito, três meninas distintas foram arrestadas com sete (07) quilogramas de maconha e que justificaram que a iriam levar até a residência de 'Polaco'.

A fidedignidade de tais assertivas é referendado pelo próprio modus operandi examinado nesta ação penal, onde adquirida a substância entorpecente de terceiro desconhecido e atribuiu-se o transporte à agente feminina (corré).”

27. Desse modo, as instâncias ordinárias, soberanas no reexame fático-

probatório, concluíram que o paciente dedicava-se a atividades criminosas, desautorizando a incidência da minorante prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06². A revisão desse entendimento não pode ser feita na via estreita do *habeas corpus*, por exigir dilação probatória. Nesse mesmo sentido:

“Habeas Corpus. Tráfico transnacional de drogas. Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Impossibilidade. Não preenchimento dos requisitos cumulativos. Participação da paciente em organização criminosa devidamente reconhecida pelas instâncias inferiores. Necessidade de reexame fático e probatório. Inviabilidade. Ordem denegada. Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, é necessário que o agente, cumulativamente, seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. No caso em análise, o reconhecimento de que a paciente integra organização criminosa, considerando-se os concretos elementos probatórios coligidos nos autos, é circunstância suficiente a obstar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. A discussão sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas pelas instâncias inferiores exige a realização de minucioso reexame do lastro fático-probatório dos autos de origem, o que, como se sabe, é incompatível com a restrita via processual do habeas corpus, que não admite dilação probatória. Precedentes. Ordem denegada.” (HC 101265, Relator Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ de 06-08-2012)

28. Uma vez afastada a possibilidade de redução de pena, fica prejudicado o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No caso, é dispensável discorrer sobre as polêmicas que envolvem a vedação constante do art. 44 da Lei 11.343/06; afinal, o *quantum* de pena aplicado (acima de 4 anos) já afasta o requisito do art. 44, I, do Código Penal³.

29. Por fim, quanto à concessão de regime semiaberto, melhor sorte não

²§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

³ “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada **pena privativa de liberdade não superior a quatro anos** e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;” - grifo nosso.

assiste ao paciente.

30. Com efeito, não se pode desconsiderar que a fixação do regime inicial de cumprimento de pena exige, além dos requisitos do §2º do art. 33 do Código Penal, que as circunstâncias do art. 59 do CP não sejam desfavoráveis ao réu (art. 33, §3º do CP).

31. A Lei 11.343/06, em seu art. 42, determina que *“o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.”*

32. O paciente foi preso com 4.990g (quatro mil novecentos e noventa gramas) de maconha. Logo, em razão da natureza do delito, exacerbada pela quantidade e natureza da droga apreendida, é imperiosa a manutenção do regime inicial fechado. No mesmo sentido já decidiu esse Pretório Excelso:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS EXTINTA POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL.

1. O artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, na redação conferida pela Lei 11.464/07 – que determina que o condenado pela prática de crime hediondo inicie o cumprimento da pena privativa de liberdade, necessariamente, no regime fechado – foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 27.06.12, ao julgar o HC 11.840, Relator o Ministro Dias Toffoli. Naquela ocasião, esta Corte destacou que, mesmo na hipótese de condenação por tráfico de entorpecentes, o regime inicial do cumprimento de pena não é mera decorrência do quantum da reprimenda, estando condicionado também à análise das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a que faz remissão o art. 33, § 3º, do mesmo Código.

2. Revela-se possível, destarte, a imposição de regime inicial fechado em condenações por tráfico de entorpecentes, mesmo para o cumprimento de

pena inferior a 8 anos, desde que desfavoráveis as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal.

3. In casu, o magistrado singular condenou o paciente a 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do tráfico internacional de entorpecentes, por ter sido preso em flagrante, em 15.08.07, com 4.004 (quatro mil gramas e quatro decigramas) de cocaína, circunstância que justificou a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

4. Considerada tão-somente a quantidade da pena, o paciente, consoante o artigo 33, § 2º, alínea b, do Código Penal, teria direito ao regime inicial semiaberto.

5. Deveras, a fixação de regime mais gravoso, in casu, deu-se à luz das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, por isso que na regência específica do crime de tráfico de entorpecentes, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”, emergindo daí o acerto da sentença condenatória ao considerar a quantidade e a qualidade do entorpecente para fixar o regime inicial fechado como o adequado à reprovação e prevenção do crime.

6. Ordem de habeas corpus extinta por inadequação da via processual.” (HC 104827, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ de 06-02-2013)

33. Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, se conhecido, pela denegação da ordem, com a revogação da liminar concedida.

Brasília, 14 de outubro de 2015

CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES
Subprocuradora-Geral da República