



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.081 - SP (2011/0021303-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : JULIANA ALVES DE ALMEIDA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GENILTON DOS SANTOS SILVA
PACIENTE : MARIO CUNHA JUNIOR

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 14, *CAPUT*, DA LEI N.º 10.826/03. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na espécie, a natureza e a quantidade da droga apreendida – 21 porções de maconha e 37 de cocaína – justificam a aplicação do redutor em seu grau mínimo, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

3. Não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

4. É incabível a fixação do regime prisional mais gravoso para o cumprimento da pena, quando fixada a pena-base no mínimo legal, com o reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis. Inteligência do art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal. Aplicação do regime semiaberto.

5. Ordem parcialmente conhecida para, no tocante ao delito do art. 14, *caput*, da Lei n.º 10.826/03, estabelecer o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, mediante condições a serem estipuladas pelo Juízo das Execuções Penais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.081 - SP (2011/0021303-9)

IMPETRANTE : JULIANA ALVES DE ALMEIDA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GENILTON DOS SANTOS SILVA
PACIENTE : MARIO CUNHA JUNIOR

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de GENILTON DOS SANTOS SILVA e MARIO CUNHA JUNIOR, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo.

Os autos dão conta que os Pacientes foram condenados às penas de 04 anos e 02 meses de reclusão e ao pagamento de 417 dias-multa, pela prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, em regime inicial fechado. O segundo Paciente foi condenado, ainda, a 02 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, pela prática do delito de porte ilegal de munição de calibre permitido.

O Tribunal *a quo*, ao analisar o recurso da defesa, julgou ser "*parcialmente procedente o apelo, unicamente com vistas à modificação do regime prisional estabelecido em relação ao apelante Mário Cunha Júnior para cumprimento da pena relativa ao delito do art. 14, da Lei n.º 10.826/03, que passa a ser o semiaberto [...]*" (fl. 19).

O Impetrante alega, quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, que inexistem critérios legais para a aplicação da causa especial de redução da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, por isso, impõe-se, sempre que presentes o requisitos, a aplicação da "*maior fração prevista em lei, qual seja, a de 2/3*" (fl. 04).

Sustenta, também, a atipicidade do delito de porte ilegal de munição, sob o argumento de que "*uma arma desmuniada ou inoperante, uma munição de calibre 38 e, isolada, totalmente desprovida de capacidade lesiva*", não expõe a perigo a integridade alheia (fl. 06). Defende, ainda, que diante da reprovabilidade própria do crime o regime inicial deveria ser o menos gravoso.

Requer, assim, a redução da pena dos Pacientes na razão de 2/3, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, e a absolvição do Paciente Mário pela prática do crime de porte ilegal de munição de calibre permitido ou a fixação do regime inicial aberto.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 298/300, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.081 - SP (2011/0021303-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 14, CAPUT, DA LEI N.º 10.826/03. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na espécie, a natureza e a quantidade da droga apreendida – 21 porções de maconha e 37 de cocaína – justificam a aplicação do redutor em seu grau mínimo, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

3. Não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

4. É incabível a fixação do regime prisional mais gravoso para o cumprimento da pena, quando fixada a pena-base no mínimo legal, com o reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis. Inteligência do art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal. Aplicação do regime semiaberto.

5. Ordem parcialmente conhecida para, no tocante ao delito do art. 14, *caput*, da Lei n.º 10.826/03, estabelecer o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, mediante condições a serem estipuladas pelo Juízo das Execuções Penais.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

O Juízo processante condenou os ora Pacientes nos seguintes termos, *in verbis*:

"[...]"

Analizando o mérito, fixo a pena base para ambos os réus, pelo delito do artigo 33, "caput" da Lei 11.343/06, no mínimo legal, nos termos do artigo 59 do Código Penal, circunstâncias do fato e ausência de consequências mais graves, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, como já fixada no mínimo não há redução pela menoridade relativa do réu Genilton. Diante da primariedade dos réus, reduzo as penas no mínimo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*1/6, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, resultando em 04 anos e 02 meses de reclusão e 417 dias-multa, no regime inicial fechado, por tratar-se de delito equiparado a hediondo, o valor do dia-multa, o mínimo legal nos termos do artigo 43 da Lei 11.343/06. Salientando-se que **a redução foi a mínima, diante da quantidade expressiva e diversidade de drogas apreendidas (cocaína e maconha)**" (fl. 206; sem grifos no original).*

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 na fração mínima, sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"[...]

Com efeito, convergentes e harmônicos os depoimentos prestados pelos milicianos (fls. 04/05, 07/08 e 135/136), a tônica que deles se extrai é a de que os réus ao avistarem a viatura saíram correndo, sendo então perseguidos e apanhados na posse de drogas (maconha e cocaína com o corréu Genilton) e de um cartucho de munição e quantia em dinheiro (em poder do corréu Mário).

Deste modo, ante a segura comprovação dos termos da denúncia com base nas provas orais e periciais, alhures apontadas, inarredáveis se afiguravam as condenações firmadas.

*Dosimetria procedida com acerto, nenhum reparo está a recomendar no que toca ao quantum de pena fixado, restando assim rechaçado o pleito subsidiário com vistas à modificação do fator de redução das penas, **em função da diversidade e considerável quantidade de drogas (21 porções de maconha e 37 de cocaína)**" (fl. 275; sem grifos no original.)*

De início, cumpre anotar que, o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de 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"* (grifei). Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar, de modo adequado, a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas, de modo adequado.

Não se trata de violação ao princípio do *non bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico, os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer o percentual de redução a ser aplicado em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor mínimo de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a elevada quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida com a paciente - 1,540 kg de "crack", cuja nocividade é maior do que a de outras drogas.

3. Ordem denegada." (HC 150.406/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 09/03/2011.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. NECESSIDADE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Correta a aplicação da minorante em seu patamar mínimo, com fundamento na expressiva quantidade de droga apreendida, sobretudo quando demonstrado, de forma justa e fundamentada, que a reprimenda é necessária e suficiente para reprovação do crime, apesar da pena-base ter sido fixada no mínimo legal. Precedente.

3. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando não resta comprovada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na fixação da reprimenda, devidamente fundamentada, nos termos do art. 93, inciso IX da Constituição Federal.

4. Ordem denegada." (HC 133.277/PR, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 15/06/2009.)

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da droga apreendida – **21 porções de maconha e 37 de cocaína** –, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(dois terços), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

A propósito, vejam-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ORDEM DENEGADA.

I – As instâncias ordinárias não deixaram de justificar a aplicação da causa de diminuição em seu grau mínimo, pois se reconheceu que a quantidade de droga apreendida, bem como sua natureza, seriam fundamentos hábeis a aplicar a redução em seu patamar mínimo, ou seja, em 1/6.

II - O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para fixar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo.

III - A pena imposta ao paciente pela prática do crime de tráfico não desbordou dos lindes da proporcionalidade e razoabilidade.

IV - Ordem denegada." (STF, HC 106.611/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 03/03/2011.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à não-aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo.

2. O fato de o paciente possuir bons antecedentes e boa conduta social, apesar de permitir a incidência da causa especial de diminuição de pena, não obriga sua aplicação em seu grau máximo, mormente quando, na espécie, o réu possui personalidade voltada ao mundo do crime.

3. Foi grande a quantidade de droga apreendida, o que reforça a impossibilidade de se reduzir a pena em 2/3 (dois terços).

4. Habeas corpus denegado." (STF, HC 100.755/AC, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 07/05/2010.)

Assim, não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante ao delito previsto no art. 14 da Lei n.º 10.826/03, esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que o porte ilegal de arma de fogo desmuniçada e o de munições, mesmo configurando hipótese de perigo abstrato ao objeto jurídico protegido pela norma, constitui conduta típica.

Não se ignoram as posições contrárias, como a esposada no referido julgamento do RHC 81.057/SP, da 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, mesmo na Suprema Corte, os julgados mais recentes apontam em outra direção, como se verifica dos seguintes precedentes:

"PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE. CARÁTER DE PERIGO ABSTRATO DA CONDUTA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, consumando-se pela objetividade do ato em si de alguém levar consigo arma de fogo, desautorizadamente e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Donde a irrelevância de estar muniçada a arma, ou não, pois o crime de perigo abstrato é assim designado por prescindir da demonstração de ofensividade real. 2. Recurso improvido." (RHC 91.553/DF, 1.ª Turma, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 21/08/2009.)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO. ART. 10 DA LEI 9.437/97 E SUPERVENIÊNCIA DA LEI 10.826/2003. ABOLITIO CRIMINIS. INOCORRÊNCIA. PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DO POTENCIAL LESIVO DA ARMA. DESNECESSIDADE. ORDEM DENEGADA.

I - É pacífica a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que a vacatio legis prevista nos artigos 30 a 32 da Lei 10.826, conhecida por 'Estatuto do Desarmamento', não tornou atípica a conduta do porte ilegal de arma.

II - Para a configuração do crime de porte de arma de fogo não importa se a arma está ou não muniçada ou, ainda, se apresenta regular funcionamento.

III - Primeiro porque o Estatuto do Desarmamento, em seu art. 14, tipificou criminalmente a simples conduta de portar munição, a qual, isoladamente, ou seja, sem a arma, não possui qualquer potencial ofensivo.

IV - Depois, porque a objetividade jurídica dos delitos previstos no Estatuto transcendem a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e de todo o corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que ele propicia.

V- Mostra-se, pois, despicienda a ausência ou nulidade do laudo pericial da arma por ter sido realizado por peritos sem conhecimento técnico especializado.

VI - Ordem denegada." (HC 93.188, 1.ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 06/03/2009; sem grifos no original.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, a jurisprudência deste Tribunal pacificou-se no sentido da configuração, nesses casos, do crime de porte ilegal.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE, POR SI SÓ, IMPEDE SUA APLICAÇÃO. ART. 16, CAPUT, DA LEI N.º 10.826/03. POSSE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ORDEM DENEGADA.

1. Na hipótese, o Paciente não preenche os requisitos para aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06. A apreensão de grande quantidade de entorpecentes (no caso, 13.954,00 gramas de maconha, 66,3 gramas de cocaína, 32,8 gramas de ecstasy e 6,7 gramas de haxixe) evidencia que se trata de pessoa dedicada à criminalidade ou integrante de organização criminosa, o que impede a redução de pena pretendida.

2. O crime previsto no art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003 é um tipo penal alternativo que prevê quatorze condutas diferentes, de mera conduta e de perigo abstrato, não exigindo, assim, a ocorrência de nenhum resultado naturalístico para a sua consumação.

3. Ora, o legislador ordinário, o criminalizar os núcleos possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar armas, acessórios e munições de uso restrito, preocupou-se, essencialmente, com o risco que tais condutas, à deriva do controle estatal, representam para bens jurídicos fundamentais, tais como a vida, o patrimônio, a integridade física, entre outros. Assim, antecipando a tutela penal, pune-se essas condutas antes mesmo que representem qualquer lesão ou perigo concreto.

4. Ordem denegada." (HC 205.913/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 28/09/2011; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. ART. 16 DA LEI N. 10.826/03. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 417. PRORROGAÇÃO DO PRAZO SOMENTE PARA POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. TIPICIDADE DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

[...]

POSSE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. POTENCIALIDADE LESIVA. CRIME DE MERA CONDUTA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA.

1. O simples fato de possuir munição de uso restrito configura a conduta típica prevista no art. 16 da Lei 10.826/03, por se tratar de delito de mera conduta ou de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *Havendo provas nos autos relativas à materialidade do crime de posse ilegal de munição de uso restrito, eventual apreensão de munições ou armas isoladas, ou incompatíveis com projéteis, não descaracteriza o crime previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/03, pois para o reconhecimento da prática desta infração penal basta a simples posse ou guarda da munição sem autorização da autoridade competente, razão pela qual não se pode dizer que tenha a Corte originária incidido em constrangimento ilegal ao reconhecer a sua configuração na espécie.*

3. *Ordem denegada.*" (HC 180.333/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 25/04/2011.)

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. POTENCIALIDADE LESIVA.

Na linha de precedentes desta Corte, o porte de pequena quantidade de munição de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal, denota potencial lesivo suficiente para a configuração do crime do art. 14 da Lei nº 10.826/03 (Precedentes).

Recurso provido." (REsp 1.161.608/MG, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 14/06/2010.)

Sem embargo, a Lei n.º 10.826, de 23 de dezembro de 2003 – Estatuto do Desarmamento – que dispõe inteiramente sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, define claramente a conduta praticada em tese pelo Réu.

O claro intuito do legislador foi tratar de modo mais rígido o porte e o uso de arma de fogo e munições, ampliando o rol das condutas delituosas, como se vê:

*"Art. 14. **Portar**, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, **sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar**:*

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa." (grifos acrescidos.)

Desse modo, estando em plena vigência o dispositivo legal ora impugnado, não tendo sido declarada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, não há espaço para a pretendida absolvição do Paciente, condenado pelo porte de munição de calibre permitido.

Por outro lado, no que tange ao regime prisional aplicado em relação ao delito do art. 14, *caput*, da Lei n.º 10.826/03, o recurso merece amparo.

A sentença de primeiro grau encontra-se fundamentada nos seguintes termos, *in verbis*:

O réu Mário, ainda, fica condenado pelo porte de munição de calibre permitido (38'), impondo-se a pena prevista no artigo 14, "caput" da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 10.826/03, no mínimo legal, como já fundamentado, em 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, no regime inicial fechado, diante do evidente concurso material (art. 69 do Código Penal), com delito grave de tráfico de drogas. O valor do dia-multa, o mínimo legal (art. 60 do Código Penal), bem por isso, incabível qualquer benefício legal ou substituição da pena privativa de liberdade" (fl. 206).

Por sua vez, o Tribunal de origem entendeu afigurar-se mais justo e adequado para o cumprimento da pena aplicada o regime semiaberto, *"em consideração, por um lado, à primariedade do agente, mas por outro, à duplicidade de crimes em que incorrera na mesma ocasião"* (fl. 276)

Na hipótese em apreço, verifica-se a existência de constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime mais gravoso, no caso o semiaberto, tendo em vista que este foi estabelecido, apenas, em razão do concurso material com o delito da Lei 11.343/06, malgrado tenha sido a pena-base fixada no mínimo legal.

Com efeito, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, c/c § 3.º do Código Penal, que dispõe que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto"*.

No caso, sendo o Paciente primário, de bons antecedentes, a decisão que lhe impôs o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena fixada em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa há de ser reformada, a fim de adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO INADMISSIBILIDADE PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL.. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO.

1. Uma vez afastado o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

2. Também é incabível a fixação do regime prisional mais gravoso para o cumprimento da pena, quando fixada a pena-base no mínimo legal, com o reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis. Inteligência do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal. Aplicação do regime aberto.

3. Ordem parcialmente concedida para determinar que o eg. Tribunal a quo prossiga na análise dos demais requisitos para a concessão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como para estabelecer, de logo, o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, providência que concedo de ofício." (HC 108.038/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 01/12/2008.)

A propósito, a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal tem ratificado esse entendimento, segundo o qual *"se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese"* (HC 72.315/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26/05/1995.)

Confirmam-se, por oportuno, os verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal:

"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." (Súmula n.º 718)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719)

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem para, no tocante ao delito do art. 14, *caput*, da Lei n.º 10.826/03 – cometido por Mário Cunha Júnior –, estabelecer o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, mediante condições a serem estipuladas pelo Juízo das Execuções Penais.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0021303-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 196.081 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2240120070061828 3202007 990080798979

EM MESA

JULGADO: 22/11/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JULIANA ALVES DE ALMEIDA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GENILTON DOS SANTOS SILVA

PACIENTE : MARIO CUNHA JUNIOR

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.