



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.656 - SP (2012/0130711-7)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : WANDERLEY OLIVEIRA LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RONALDO CESAR FRANCHETTI

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DIRETA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE CONJUGAÇÃO DE NORMAS. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE EM TESE. AVALIAÇÃO EM CONCRETO DA NORMA MAIS BENÉFICA.

1. À luz do disposto no art. 105 da Constituição Federal, esta Corte de Justiça não vem mais admitindo a utilização do *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário, recurso especial, ou revisão criminal, sob pena de se frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

2. Impende ressaltar que, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada obsta que se defira ordem de ofício, como forma de desconstituir o constrangimento ilegal.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça pontificou, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.094.499/MG, ser inadmissível a combinação de leis, de modo a ser inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 ao preceito secundário do art. 12 da Lei n. 6.368/76 (antiga lei de drogas).

4. Resultou consignado, entretanto, que não fica afastada a possibilidade de incidência da referida minorante à pena cominada no art. 33 da Lei n. 11.343/06, desde que tal operação seja mais favorável ao réu.

5. Esta Corte, alinhada com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tem afastado a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crime hediondo ou equiparado, em observância ao princípio da individualização da pena. Portanto, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena no tocante a tais delitos, devem ser normalmente seguidos os critérios previstos nos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal brasileiro.

6. Impetração não conhecida. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício, para determinar ao Juízo das Execuções Penais que avalie a possibilidade de se promover a incidência do redutor sobre a reprimenda calculada a partir do preceito secundário do art. 33 da nova Lei de Drogas, e, desde que mais favorável ao réu, realize o redimensionamento da pena e reavalie, com base em dados concretos, a aplicação do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional e a possibilidade de substituição da sanção corporal por restrições de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 24 de setembro de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO OG FERNANDES
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.656 - SP (2012/0130711-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Ronaldo Cesar Franchetti, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau de jurisdição à pena de 5 meses de prestação de serviços à comunidade, pela prática da infração penal descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/06.

Irresignados, apelaram a defesa e o Ministério Público estadual, tendo o Tribunal de origem dado provimento apenas ao recurso da acusação, para condenar o paciente pela prática do crime do art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, impondo-lhe a pena de 3 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e pagamento de 50 dias-multa.

No presente *writ*, o impetrante pugna, em síntese, pela concessão da ordem para aplicar o redutor de pena insculpido no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, no patamar máximo, bem como para que seja fixado o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Em sede de cognição sumária, não se verificou manifesta ilegalidade a ensejar a medida de urgência, sendo indeferido o pedido liminar à e-fl. 94.

As informações solicitadas ao Tribunal de origem foram prestadas às e-fls. 97/200.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer de e-fls. 204/209, opinou pela concessão parcial da ordem, para alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, e pela concessão de ofício, a fim de determinar à Corte de Justiça de São Paulo que analise a possibilidade de aplicação da Lei n. 11.343/06, observando o disposto no art. 33, § 4º.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.656 - SP (2012/0130711-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

Assim, verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso próprio, imperioso o não conhecimento da impetração. Impõe-se ressaltar que uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada impede que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de desconstituir o constrangimento ilegal.

No presente caso, pretende-se, inicialmente, a aplicação direta da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça pontificou, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.094.499/MG, ser inadmissível a combinação de leis, de modo a ser inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 ao preceito secundário do art. 12 da Lei n. 6.368/76 (antiga lei de drogas).

Em casos tais, tem-se proclamado ser devida a perquirição se a aplicação, na íntegra, da novel legislação seria – ou não – mais favorável ao paciente.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA APENAS DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INCIDÊNCIA POR INTEIRO DA NOVA LEI. POSSIBILIDADE SE MAIS BENÉFICA AO RÉU. ENTENDIMENTO FIXADO NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 1.094.499/MG). AFERIÇÃO IN CONCRETO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO NO PATAMAR DE 1/3. NORMA POSTERIOR MAIS GRAVOSA. NÃO APLICAÇÃO. PENA ANTERIOR PRESERVADA.

1. A Sexta Turma, na assentada de 16 de novembro de 2010, no julgamento do HC nº 94.188/MS, deliberou, acompanhando o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento firmado pela Terceira Seção, no EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei nº 11.343/2006, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfica, dependendo do caso concreto.

(HC 111.304/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 14.3.2011)

Não fica afastada a possibilidade de incidência da referida minorante à pena cominada com base no art. 33 da Lei n. 11.343/06, desde que tal operação seja mais favorável ao réu.

No presente caso, o mais apropriado, diante disso, é que o Juízo das Execuções analise os requisitos exigidos ao benefício e a possibilidade de incidência da lei nova com o mencionado redutor.

Já no que diz respeito à fixação do regime inicial para o cumprimento da pena e a substituição da sanção corporal por restrição de direitos, o constrangimento é evidente.

Isso porque esta Corte, alinhada com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tem afastado a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crime hediondo ou equiparado, em observância ao princípio da individualização da pena.

Portanto, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena no tocante a tais delitos, devem ser normalmente seguidos os critérios previstos nos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal brasileiro.

A exemplo, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE AFASTADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS N.os 440 DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na hipótese, o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 168 dias-multa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porque, no dia 09/01/2010, foi preso em flagrante delito, com 497,12g (quatrocentos e noventa e sete gramas e doze centigramas) de cocaína, destinadas à comercialização ilícita.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime prisional fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Inteligência das Súmulas n.os 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. A proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos foi afastada pela Suprema Corte, por ocasião do julgamento do HC 97.256/RS, que ensejou a edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

4. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções que, à luz dos elementos constantes nos autos de execução, proceda à fixação do regime prisional adequado à espécie, bem como examine o preenchimento ou não pelo Paciente dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

(HC nº 213.593/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 25/4/2013)

REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. REGIME ABERTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- Na hipótese dos autos, tendo a pena sido fixada em 01 (ano) e 08 (oito) meses de reclusão, a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 aplicada no patamar máximo, sendo o réu não reincidente e favoráveis as circunstâncias - não expressiva a quantidade de droga apreendida (quatro pedras de crack) a fixação do regime aberto é medida que se impõe.

- Recurso especial provido para fixar o regime aberto como inicial para o cumprimento da pena.

(REsp nº 1.364.906/MG, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) DJe de 25/4/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, tem-se, no caso em apreço, que o Tribunal de origem, ao fixar o regime inicial fechado para o desconto da pena corporal, erigiu como fundamento a hediondez do delito.

Veja-se o que disse o aresto condenatório (e-fl. 77):

Por fim, observa-se que o regime prisional de cumprimento de pena deve ser o inicial fechado, por força da Lei 11.464/2007, que deu nova redação ao artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Convém, diante desse quadro, que se reavalie a aplicação do regime inicial de cumprimento de pena, bem como a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, com base em dados concretos.

À vista de todo o exposto, não conheço da impetração, mas de ofício, concedo a ordem de *habeas corpus* a fim de determinar ao Juízo das Execuções Penais que avalie a possibilidade de se promover a incidência do redutor sobre a reprimenda calculada a partir do preceito secundário do art. 33 da nova Lei de Drogas. E, desde que mais favorável ao réu, realize o redimensionamento da pena, e reavalie, com base em dados concretos, a aplicação do regime prisional e a possibilidade de substituição da sanção corporal por restrições de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0130711-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 246.656 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11132006 354164320068260576 576012006354165 993070187298

EM MESA

JULGADO: 24/09/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WANDERLEY OLIVEIRA LIMA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RONALDO CESAR FRANCHETTI

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.