



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.501 - MS (2011/0057638-8)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : SILVANA LETÍCIA DA SILVA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. VEDAÇÃO. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Em se tratando de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, é vedada a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais rigoroso do que o pertinente à pena aplicada, a tanto não servindo o inconstitucional § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 ou a gravidade abstrata do delito.
3. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento de pena, determinando a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo juízo de execuções.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de março de 2015 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.501 - MS (2011/0057638-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : SILVANA LETÍCIA DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo, com pedido liminar, impetrado em face da fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Indeferida a liminar, prestadas as informações e ouvido o Ministério Público Federal, vieram os autos conclusos.

Conforme informações prestadas, em 3/3/2015, pelo Juízo da Comarca de Dourados/MS, o processo n. 0006703-19.2009.8.12.0002 encontra-se arquivado, no aguardo da captura da paciente, para expedição de guia de execução.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.501 - MS (2011/0057638-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Sobre a questão em análise, o acórdão assim dispôs (fls. 74):

"[...] O recurso de ser improvido.

Cinge-se o inconformismo recursal do apelante no pedido de alteração de regime prisional mais brando, considerando a aplicação do §4.º, do art. 33 da Lei 11.343/06 pelo magistrado de instância singela. Requer, ainda, a aplicação da redutora da 'colaboração voluntária' prevista no art. 41 da citada lei.

Infere-se dos autos que a apelante foi condenada às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa, por infração ao art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06.

Segundo o apurado nos autos, Silvana foi surpreendida por policiais militares que encontraram em sua residência 34 gramas de cocaína, quantidade destinada à comercialização, conforme noticiado por um usuário de drogas que havia recém adquirido a substância quando da sua abordagem.

Consoante se extrai do acervo probatório reunido no caderno processual, a apelante comercializava droga na residência, não se tratando de mero transportador denominado de 'formiguinha', 'mula', ou 'aviãozinho'.

Assim, em que pese o magistrado de instância singela ter aplicado a redutora especial do § 4.º do art. 33, da Lei 11.343/06, não está afastada a hediondez da conduta.

Importa ressaltar que entendo pelo afastamento da hediondez somente ao tráfico privilegiado quando praticado pelo mula'.

Assim, ainda que reconhecido em favor da apelante a causa especial de diminuição de pena, tenho que não se deve afastar a hediondez indiscriminadamente, e, de conseqüência, mantenho o regime fechado, individualizando-se, assim, melhor a pena.[...]"

Ressalte-se, de início, que, nos termos do enunciado da Súmula n. 512 do STJ: A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.

Entretanto, o regime inicial fechado para cumprimento da pena foi fixado apenas com base na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, equiparado a hediondo.

Ocorre foi declarada, *incidenter tantum*, inconstitucional pelo STF a nova dicção do referido § 1º do art. 2º da Lei, com redação dada pela Lei n.º 11.464/2007, no julgamento do HC n.º 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP devem ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

O § 3º do art. 33 do CP, por sua vez, claramente estabelece que a *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*. Ou seja, exige-se uma vinculação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permitiria. Nesse sentido é o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, bem como por esta Corte Superior, que, em se tratando de réu primário, e fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que o previsto pela pena imposta com espeque tão-só na gravidade abstrata do delito, confira-se:

“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.” (Súmula n. 440 do STJ).

“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. 718 do STF)

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

Desse modo, constatada ilegalidade provada na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, é caso de concessão de ofício da ordem de *habeas corpus*, motivo pelo qual passo a analisar a questão.

Em se tratando de ré primária e fixada a pena-base no mínimo legal, que restou definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, deve ser fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo juízo de execuções, *ex vi* o art. 44, § 2º, do Código Penal.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, mas, de ofício, concedo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento de pena, determinando a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo juízo de execuções.

Comunique-se, com urgência, ao juízo da execução, com cópia do presente acórdão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0057638-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 200.501 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11182009 20100373904

EM MESA

JULGADO: 24/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: SILVANA LETÍCIA DA SILVA
CORRÉU	: THADEU CAETANO GONÇALVES

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 habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.