



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 243.117 - RJ (2012/0103498-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : CLÁUDIA INEZ MARQUES - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : CLÁUDIA INEZ MARQUES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LEONARDO PAES DE MOURA SOARES (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, COM FUNDAMENTO NA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE ILÍCITA. POSSIBILIDADE. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM PREVISÃO EM NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. De acordo com a Corte estadual, restou demonstrado que o paciente se dedicava à atividade criminosa, pertencendo a organização conhecida por "ADA", o que constitui fundamento idôneo para justificar o indeferimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, inexistindo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado.
3. O patamar da reprimenda imposta (5 anos) não permite, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, a concessão da substituição da pena.
4. Desde o julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI) foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF a previsão legal (art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo as regras do art. 33 do CP ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.
5. *Habeas corpus* não conhecido, mas, ordem concedida, de ofício, para que, com estrita observância às regras do art. 33 do CP, afastadas as conclusões das instâncias ordinárias, seja estabelecido o regime prisional semiaberto para o início de cumprimento da pena.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília, 08 de março de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 243.117 - RJ (2012/0103498-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : CLÁUDIA INEZ MARQUES - DEFENSORA PÚBLICA

ADVOGADO : CLÁUDIA INEZ MARQUES - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : LEONARDO PAES DE MOURA SOARES (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso, impetrado em favor de LEONARDO PAES DE MOURA SOARES, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo juízo de piso à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e 160 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, em regime prisional inicialmente fechado.

Ambas as partes recorreram, restando o reclamo defensivo improvido e o apelo ministerial provido para afastar o privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, condenando-se o réu à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa.

Alega a impetrante que a pequena quantidade de droga apreendida (3,8 g de maconha), a primariedade do paciente, seus bons antecedentes e o fato de não integrar organização criminosa, devem ser observados para a aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei de drogas, em seu patamar máximo.

Pugna que, após o cômputo do citado benefício, seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como alterado o regime prisional para o aberto, pois a vedação legal constante do art. 44 da Lei de drogas é flagrantemente inconstitucional.

A liminar foi indeferida às fls. 89/91.

As informações foram prestadas às fls. 98/100, 103/134, 148/152 e 156/169.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 137/138 pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 243.117 - RJ (2012/0103498-5)

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 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012, assim alinhando-se a precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 6/9/2012).

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 as alegações aventadas na inicial, vejamos como manifestou-se a Corte *a quo* (fls. 59/61):

A pretensão acusatória de afastar a incidência da causa de diminuição de pena do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, merece acolhida.

Muito embora seja o apelante primário, restou demonstrado nos autos que se encontrava evidentemente dedicado a atividades criminosas e vinculado à organização que controla a venda de drogas no Parque Santa Helena, em Campos dos Goytacazes, uma vez que foi preso em flagrante em local conhecidamente de intenso tráfico, na posse de maconha e dinheiro em espécie.

É óbvio que o réu se encontrava ligado à citada facção criminosa, uma vez que jamais poderia traficar no local sem prévia autorização e ajuste com os membros da quadrilha, sob pena de sofrer graves consequências, até mesmo a morte.

Ademais, no momento de sua prisão, ainda no calor dos fatos, admitiu informalmente aos policiais que havia começado a vender drogas e que integrava a organização vulgarmente conhecida como “ADA”, o que evidencia que se dedicava à atividade criminosa da mercancia ilícita de drogas, pelo que inviável a incidência do “redutor” da pena.

De fato, o acusado é primário e não ostenta maus antecedentes. Entretanto, como já afirmado acima, não se pode desconsiderar outros fatores objetivos, como o local da apreensão – notório ponto de venda de entorpecente dominado pelo grupo criminoso conhecido como “amigos dos amigos – ADA” e a confissão extra-judicial.

Desse modo, conclui-se pela reforma na decisão do juízo de 1º grau que beneficiou o agente com a incidência da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

De igual forma, não cabe o benefício da substituição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Além de não estarem preenchidos todos os requisitos legais, pelas razões já mencionadas, a quantidade de pena aplicada não autoriza a concessão do benefício.

Por fim, o regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade foi o fechado, estando a decisão escorreitamente fundamentada.

A natureza do delito de tráfico de entorpecentes (art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90), a quantidade de pena imposta e as circunstâncias judiciais do caso em concreto (art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, do Código Penal) impõem o regime inicial mais gravoso, não havendo falar em seu abrandamento.

Diante de todo o exposto, nego provimento ao apelo defensivo e dou provimento ao ministerial, para estabelecer a pena final de LEONARDO PAES DE MOURA SOARES em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal, mantendo-se, no mais, a sentença tal como lançada.

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

Com relação ao pleito de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, observa-se que o Tribunal a afastou, tendo em vista que *É óbvio que o réu se encontrava ligado à citada facção criminosa, uma vez que jamais poderia traficar no local sem prévia autorização e ajuste com os membros da quadrilha, sob pena de sofrer graves conseqüências, até mesmo a morte. Ademais, no momento de sua prisão, ainda no calor dos fatos, admitiu informalmente aos policiais que havia começado a vender drogas e que integrava a organização vulgarmente conhecida como “ADA”, o que evidencia que se dedicava à atividade criminosa da mercancia ilícita de drogas, pelo que inviável a incidência do “redutor” da pena.*

Deste modo, evidenciado pela origem que dedicava-se o paciente à atividade criminosa, fundamento que, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é idôneo e suficiente a justificar o indeferimento do benefício, conclui-se que inexistente constrangimento ilegal a ser sanado.

Mantendo-se a pena, portanto, em 5 anos de reclusão, não há sequer que se examinar o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos, uma vez que o patamar da reprimenda imposta não permite, nos termos dos arts. 44,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I, do Código Penal, a concessão do referido benefício.

Por fim, para justificar o estabelecimento de regime prisional mais gravoso, a Corte *a quo* utilizou-se do argumento de que as circunstâncias judiciais foram valoradas de forma desfavorável ao réu. Observa-se, contudo, que a pena-base, em verdade, foi fixada no mínimo legal, o que aponta para a inarredável conclusão de que as vetoriais, na realidade, pesam em seu favor. Registre-se que a Súmula n. 440/STJ preleciona que a fixação da pena-base no mínimo legal veda a fixação de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da pena imposta com base na gravidade abstrata do delito.

Destaque-se, ainda, que utilizaram-se as instâncias ordinárias do fundamento previsto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, para a fixação de regime mais gravoso.

Tal previsão legal, no entanto, foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, daí o constrangimento ilegal.

O § 3º do art. 33 do CP, por sua vez, 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 fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, *ad litteram*:

Súmula 440/STJ: 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 718/STF: 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 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Como se vê, a decretação de regime prisional mais gravoso, pelas instâncias originárias, não encontra lastro no § 3º, do art. 33, do Código Penal, razão pela qual, em observância ao *quantum* de pena fixado, conclui-se que o caso dos autos recomenda o estabelecimento do regime inicial semiaberto.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *writ*, mas, de ofício, conceder a ordem para que, com estrita observância às regras do art. 33 do CP, afastadas as conclusões das instâncias ordinárias, seja estabelecido o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0103498-5

HC 243.117 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 109405220118190014 109405220118190028

EM MESA

JULGADO: 08/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLÁUDIA INEZ MARQUES - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : CLÁUDIA INEZ MARQUES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LEONARDO PAES DE MOURA SOARES (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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