



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.932 - RS (2011/0052311-2)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : NARELLO ROMEO BOLZONI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : FRANCISCO ASSIS DA SILVA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. NÃO APLICAÇÃO JUSTIFICADA. 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. Pacífico o entendimento desta Corte Superior que a quantidade e a natureza da droga justificam a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.
3. 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.
4. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para determinar que o juízo da execução proceda à individualização do regime inicial 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 votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.932 - RS (2011/0052311-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : NARELLO ROMEO BOLZONI

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL**

PACIENTE : FRANCISCO ASSIS 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 e na exigência legal como crime hediondo – § 1º do art. 2º da lei n. 8.072/90 e da não aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

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

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.932 - RS (2011/0052311-2)

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, a sentença (ou acórdão, se houver) assim dispôs:

[...]. O apelo visa o afastamento da minorante prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, ou alternativamente, caso mantida, que o percentual de diminuição ocorra no mínimo, e que seja alterado o regime de cumprimento da pena.

A julgadora de primeiro grau fixou a pena-base em seu mínimo legal, ou seja, 05 anos de reclusão, pois não reconheceu nenhuma das operadoras do art. 59 do Código Penal como desfavorável ao condenado.

Na terceira etapa reconheceu a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, reduzindo a pena em 2/3, o que tornou definitiva a reclusiva em 01 ano e 08 meses.

No que pertine à redução prevista no parágrafo 4º da Lei de Drogas, com razão o agente ministerial, pois conforme dispõe o § 4.º do referido artigo, 'nos delitos definidos no caput e no § 1.º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa'.

Na hipótese, o recorrido não preencheu os requisitos ali estabelecidos, pois diante da certidão de antecedentes, mesmo não havendo nenhuma condenação transitada em julgado, denota-se que possui outros 02 processos, ambos por tráfico de drogas, demonstrando que se dedica a atividade criminosa.

Saliento ainda, que conforme auto de apreensão, foram encontradas 342 pedras de 'crack' e 744,00 reais em diversas notas, o que pressupõe a participação do réu em organização criminosa, diante da grande quantidade de drogas e dinheiro.

[...]

Assim, merece provimento o apelo, afastando-se do apenamento a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redução operada em face do reconhecimento da minorante prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06.

*Assim, a pena corporal é redimensionada para **05 (cinco) anos de reclusão**, sendo definitizada nesse patamar, diante da ausência e causas de aumento ou redução.*

*O regime de cumprimento de pena corporal, estabelecido no aberto pela decisão apelada, encontra-se em desacordo com o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, merecendo provimento o pedido ministerial para fixar o **regime fechado** para o cumprimento da pena reclusiva, respeitado o art. 33, § 1º, do Código Penal, vez que se trata de crime hediondo. [...] (fls. 11/17 - destaques no original).*

Ocorre que é pacífico o entendimento desta Corte Superior que a quantidade e a natureza da droga justificam a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Confira-se:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DE PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA O AFASTAMENTO DA MINORANTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPROPRIEDADE DO WRIT PARA APROFUNDADO EXAME DE PROVAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Paciente condenada como incurso no art. 33, caput, c.c. art. 40, III, ambos da Lei n.º 11.343/06 às penas de 05 (cinco) anos e 10 (meses) de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Isso porque trazia consigo, para entrega a consumo de terceiros, 56,3 g (cinquenta e seis gramas e três decigramas) de cocaína.

2. No caso, inexistente constrangimento ilegal no fato de a minorante ter sido afastada, uma vez que, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade e a qualidade das drogas apreendidas justificam a não aplicação do referido redutor. Com base neste e em outros elementos, as instâncias ordinárias consignaram que a Paciente dedica-se à atividade criminosa, não sendo possível afastar tal entendimento na estreita via do writ. Precedentes.

3. Ordem de habeas corpus denegada. (HC n. 200.085/SP – 5ª T. – unânime - Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 25/9/2013)

No mesmo sentido: AgRg no REsp n. 1325910/SP – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 11/4/2014; AgRg no AREsp n. 441689/CE – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – DJe 26/3/2014.

Por outro lado, o regime inicial fechado para cumprimento da pena foi fixado apenas com base na dicção do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 (e/ou na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, equiparado a hediondo).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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*.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, mas, de ofício, concedo a ordem apenas para que o juízo da execução (pois já transitada em julgado a ação penal de origem) proceda à fixação do regime inicial de cumprimento da pena com observância das regras do art. 33 do CP.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0052311-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 199.932 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 120800376669 120800509286 20800376669 20800509286 70035917566

EM MESA

JULGADO: 10/02/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : NARELLO ROMEO BOLZONI

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : FRANCISCO ASSIS DA SILVA

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