



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.023 - SP (2013/0232953-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR ALEX BARBOSA BONONI

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3). REDUÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, AO PATAMAR DE 3/5 (TRÊS QUINTOS). DISCRICIONARIEDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SÚMULA N.º 440/STJ. 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. Paciente condenado às penas de 02 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 200 dias-multa, como incurso no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo a denúncia, encontrado com 36g de *crack* e 16g de cocaína.

2. O redutor do art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 foi quantificado no patamar de 3/5 em razão da quantidade e da variedade de drogas apreendidas na espécie. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, este é um argumento que justifica a não aplicação da benesse em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), 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. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial 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.

5. O Paciente, réu primário, foi condenado a pena reclusiva inferior a 04 anos de reclusão, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Portanto, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal. Incidência da Súmula n.º 440/STJ.

6. O Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. No caso, preenchidos os requisitos legais, o Paciente faz jus à substituição da reprimenda privativa de liberdade.

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, confirmada a liminar, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, devendo as regras aplicáveis ao regime e as penas substitutivas serem fixadas 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, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.023 - SP (2013/0232953-4)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR ALEX BARBOSA BONONI

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de VITOR ALEX BARBOSA BONONI em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na apelação criminal n.º 0068607-95.2012.8.26.0050.

Consta que o Paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 02 anos, 01 mês e 06 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 220 dias-multa, como incurso no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo a denúncia, foi encontrado com **36g de crack e 16g de cocaína**.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo, para o fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal, estabelecendo as reprimendas em **02 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 200 dias-multa**.

Alega o Impetrante ser necessária a aplicação da **causa de diminuição** prevista no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 em seu **patamar máximo**. Afirmar que é possível a fixação do **regime aberto** como regime inicial de cumprimento de pena, nos termos da Súmula n.º 440 desta Corte Superior. Aponta, ainda, para a possibilidade de **substituição da pena privativa de liberdade** por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente, a fixação do regime aberto para cumprimento da pena, e, no mérito, a redução máxima prevista no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006, a fixação definitiva do regime aberto, e a substituição da pena privativa de liberdade.

Liminar deferida no período de férias forenses pelo Ministro Gilson Dipp (fl. 155), para o fim de determinar que o Paciente aguarde o julgamento do mérito deste *habeas corpus* em **regime aberto**.

Informações às fls. 173/189.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo **não conhecimento** (fls. 70/75).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.023 - SP (2013/0232953-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3). REDUÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, AO PATAMAR DE 3/5 (TRÊS QUINTOS). DISCRICIONARIEDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SÚMULA N.º 440/STJ. 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. Paciente condenado às penas de 02 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 200 dias-multa, como incurso no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo a denúncia, encontrado com 36g de *crack* e 16g de cocaína.

2. O redutor do art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 foi quantificado no patamar de 3/5 em razão da quantidade e da variedade de drogas apreendidas na espécie. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, este é um argumento que justifica a não aplicação da benesse em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), 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. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial 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.

5. O Paciente, réu primário, foi condenado a pena reclusiva inferior a 04 anos de reclusão, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Portanto, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal. Incidência da Súmula n.º 440/STJ.

6. O Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. No caso, preenchidos os requisitos legais, o Paciente faz jus à substituição da reprimenda privativa de liberdade.

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, confirmada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liminar, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, devendo as regras aplicáveis ao regime e as penas substitutivas serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais.

VOTO

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

Para boa compreensão da controvérsia, confira-se a dosagem da pena realizada pelo Tribunal de origem:

"No tocante à aplicação da pena, a mesma comporta reparos. A pena base foi fixada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, havendo fundamentação pelo Juízo na quantidade e variedade da droga apreendida. Contudo, o mesmo argumento foi levado em consideração na terceira fase, no momento da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da lei 11.343/06. Desse modo, afasto o aumento aplicado na primeira fase, sob pena de violação do princípio non bis in idem. Assim, fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal. Na fase intermediária, correto o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, entretanto, não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal, consoante o teor da Súmula 231, do STJ. Ao final, o MM Juiz aplicou o redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 na fração de 3/5 (três quintos), em razão da quantidade e variedade de drogas, o que será mantido. Destarte, a pena ora resulta definitiva em 02 (dois) anos de reclusão, e o pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

O regime prisional fixado, qual seja, o inicial fechado, deve prevalecer, levando-se em conta a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que alterou a redação do artigo 2º da Lei 8072/90, permitindo a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados. Ademais, referido regime é o único capaz de prover ressocialização ao increpado, tendo em vista que suas limitações são as mais rigorosas possíveis, ensejando a reflexão e a repressão do impulso delitivo.

Por fim, não são recomendáveis a substituição ou a suspensão condicional da pena, por não serem suficientes para o caso em tela, vez que crime assemelhado a hediondo, demandando maior rigor punitivo." (fls. 139/140.)

Como se vê, o redutor do art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 foi quantificado no patamar de 3/5 em razão da **quantidade e da variedade de drogas** apreendidas na espécie – 36g de crack e 16g de cocaína. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, este é um argumento que justifica a não aplicação da benesse em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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, § 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.

Quanto ao regime prisional, verifico que o acórdão impugnado, reformando a sentença primeva, **reduziu a a pena-base para o mínimo legal** e reconheceu a **primariedade** do Paciente. Não obstante, o regime inicial fechado foi fixado exclusivamente com base no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposto no art. 2.º, §1.º, da Lei n.º 8.072/90 e na gravidade abstrata do delito.

Não obstante, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial 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.

No caso, o Paciente, **réu primário**, foi condenado à pena reclusiva de **02 anos de reclusão**, sendo-lhe **favoráveis todas as circunstâncias judiciais**. Portanto, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, o qual 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"*.

A propósito, confira-se o disposto no enunciado n.º 440 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça:

"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."

No mesmo sentido tem sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está espelhada nos verbetes sumulares n.ºs 718 e 719, respectivamente:

"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."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Com a relação à **substituição da pena privativa de liberdade**, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Assim, afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, deve o Juízo competente analisar se o condenado preenche ou não os requisitos para a obtenção da substituição da pena à luz do art. 44 do Código Penal.

A propósito, o seguinte precedente:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO). SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, sendo possível a pena substitutiva aos traficantes de drogas, desde que preenchidos os pressupostos do art. 44 do Código Penal.

2. No caso concreto, mostra-se viável a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos aos agravados, condenados a pena definitiva inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, com circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal favoráveis e sendo pequena a quantidade de material tóxico apreendido - 20 (vinte) pedras de crack e 1 (uma) porção de Cannabis Sativa L.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1330133/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013.)

No caso em exame, o Paciente faz jus à substituição da pena, tendo em vista que é primário, a sua pena-base foi fixada no mínimo legal, não há qualquer circunstância judicial desfavorável e a quantidade da pena aplicada é inferior a 04 (quatro) anos.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM de *habeas corpus* para, confirmada a liminar, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, devendo as regras aplicáveis ao regime e as penas substitutivas serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0232953-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 274.023 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00686079520128260050 12722012 20130000266251 60442012 686079520128260050

EM MESA

JULGADO: 24/09/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VITOR ALEX BARBOSA BONONI

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

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, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.