



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.047 - SP (2010/0184749-8)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : MARIA TERESA BASTIA VICHÍ - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIOGO BERTONCELO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO QUE SE MOSTRA DEVIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DIRETAMENTE POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Mostra-se devida a incidência da fração de 1/3 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente (oito pedras de *crack*), bem como as circunstâncias em que perpetrado o delito.

3. Mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

4. A Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado e considerando-se as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Na hipótese que se apresenta, não obstante a imposição de reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente – *crack* –, substância entorpecente cuja nocividade é maior do que a de outras drogas, uma vez que dotada de alto poder viciante.

6. Inviável a análise diretamente por este Superior Tribunal da almejada substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, tendo em vista que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de incorrer na vedada supressão de instância.

7. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada.

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, conhecer parcialmente da ordem de *habeas corpus* e, nessa parte, a denegar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 20 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.047 - SP (2010/0184749-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de **Diogo Bertoncelo**, apontando como autoridade coatora a Sexta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 990.09.329041-3, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que a reprimenda do paciente deveria ser reduzida no patamar máximo de **2/3**, em razão da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e não em 1/3, como realizado pelas instâncias ordinárias.

Considera que, presentes todos os requisitos exigidos para o reconhecimento da minorante em questão, mostra-se de rigor a redução da pena no patamar máximo legalmente previsto.

Defende que a quantidade de drogas apreendidas e o local em que perpetrado o delito não poderiam justificar a escolha de fração inferior a 2/3, uma vez que tais elementos não estariam previstos dentre aqueles taxativamente elencados no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Argumenta, ainda, que deveria ser fixado ao paciente o regime aberto de cumprimento de pena, defendendo que o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 não poderia ser aplicado ao caso concreto, por violação dos princípios do devido processo legal e da razoabilidade.

Sustenta, por fim, que a pena privativa de liberdade deveria ser substituída por restritivas de direitos, ressaltando que a vedação à substituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanção reclusiva prevista no art. 44 da Lei de Drogas foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Requeru, liminarmente e no mérito:

- a) a aplicação da fração de 2/3, em razão da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006;
- b) a fixação do regime aberto de cumprimento de pena;
- c) a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida pelo então Relator, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Dispensada a solicitação de informações à autoridade tida como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.047 - SP (2010/0184749-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque, no dia 16/7/2009, trazia consigo, para fins de entrega ou fornecimento a consumo de terceiros, **oito pedras de crack**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

No que se refere ao *quantum* de diminuição de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o Juiz sentenciante entendeu devida a incidência do redutor de 1/3, *levando-se em consideração a quantidade de droga e o típico local da infração ("cracolândia")* – fl. 15.

A Corte estadual, por sua vez, manteve inalterada a fração de redução de pena, pelos fundamentos a seguir aduzidos (fl. 23):

[...]

Em razão da quantidade de droga apreendida (08 pedras de 'crack') e o local dos fatos (cracolândia), a diminuição da pena não merece reparo.

[...] como no texto do artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, está redigido que 'as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços', não há qualquer dúvida de que a concessão do benefício depende do livre arbítrio do juiz que, como já dissemos acima, tem de levar em consideração o artigo 59, *caput*, do Código Penal, e também o artigo 42 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Desta forma, tendo em vista a quantidade de droga apreendida (08 pedras de 'crack', bem como o local da infração ('cracolândia'), a redução de apenas 1/3 se mostra suficiente à espécie.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista para a redução de pena pela causa especial de diminuição em questão, este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que expressamente ordena que:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Assim, na esteira do entendimento adotado por este Superior Tribunal, *a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução* (AgRg no HC n. 145.989/RJ, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 6/12/2010).

Por essas razões, a partir da interpretação das disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a fração de **1/3** de diminuição de pena, tendo em vista que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a escolha de um redutor inferior ao máximo legalmente previsto com base na **quantidade de drogas apreendidas** – oito pedras de *crack* – e nas **circunstâncias em que perpetrado o delito**, tendo em vista que o paciente foi preso em flagrante em um local conhecido como "cracolândia", circunstâncias, que, somadas, impedem a aplicação da minorante em questão no maior percentual previsto em lei, como pretendido.

Quanto ao modo de cumprimento de pena fixado ao paciente, o Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do regime inicial **fechado**, nos termos do disposto na Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.464/2007 (fl. 15).

O Tribunal de origem, por seu turno, manteve inalterada a fixação do modo inicialmente mais gravoso, por entender que *foi de todo acertado, em face da alta carga de nocividade que o réu revelou com sua conduta, difundindo a instabilidade social (artigos 33 e 59, ambos do Código Penal)* – fl. 24.

Deveras, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 82.959/SP, teve a oportunidade de declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que determinava que os condenados pela prática de crimes hediondos ou a eles equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado. Na ocasião, ficou assentado que esse dispositivo legal violava o princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI).

Na oportunidade, acentuou o Ministro Gilmar Mendes que o *princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que se não restringe à simples fixação da pena in abstracto, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização*.

Nesse contexto, a Sexta Turma deste Superior Tribunal, na esteira de inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, adotou o entendimento de que, **ante o *quantum* de pena aplicado e considerando-se as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.**

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI N.º 11.343/06. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

1. Com a edição da Lei n.º 11.464/07, que modificou a redação da Lei n.º 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve se iniciar no regime mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravoso.

2. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

[...]

5. Ordem parcialmente concedida, tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente.

(HC n. 168.432/MS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 5/10/2011)

No mesmo norte, tem-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: HC n. 101.291/SP, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 12/2/2010.

Assim, mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

E, na hipótese que se apresenta, mostra-se devida a imposição do regime inicial **fechado** de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §§ 2º, a, e 3º, do Código Penal, pois, não obstante a fixação de reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, foram apreendidas em poder do paciente **oito pedras de crack**, substância entorpecente cuja nocividade é, a toda evidência, maior do que a de outras drogas, uma vez que dotada de alto poder viciante, não se podendo olvidar de que, conforme bem observou o Juiz sentenciante, o paciente *estava com parte do 'crack' nas mãos e o restante no bolso, junto com o dinheiro, que admitiu ser proveniente do tráfico, atividade a que se dedicava, como 'ganha pão'* (fl. 14).

Por fim, no que se refere à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, verifica-se que essa matéria não foi analisada pela Corte de origem, o que impede a sua apreciação diretamente por este Superior Tribunal, sob pena de incidir na indevida supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do presente *habeas corpus* e, nessa extensão, **denego** a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0184749-8

HC 187.047 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10852009 990093290413

EM MESA

JULGADO: 20/03/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO EDUARDO BUENO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA TERESA BASTIA VICHÍ - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : DIOGO BERTONCELO

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 Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta parte, a denegou, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.