



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.996 - SP (2011/0052704-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL RONDEL E SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. DIVERSIDADE DE DROGAS. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. DIVERSIDADE DE DROGAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO, QUE SE MOSTRA DEVIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Este Superior Tribunal firmou o 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, impõem-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. Não há constrangimento ilegal na incidência da fração de 1/6 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 diversidade de drogas apreendidas – com o paciente, 1 "tubete" de cocaína e 1 porção de maconha, e, em depósito, em sua residência, 29 "tubetes" de cocaína, 30 pedras de *crack* e 1 pote plástico com, aproximadamente, 15 g de cocaína –, bem como as demais circunstâncias do caso concreto.

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 segundo o qual, ante o *quantum* de pena aplicado e considerando 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.

5. Na espécie, mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos termos do art. 33, § 2º, a, e 3º, do Código Penal – *tendo em vista a quantidade, a variedade e a potencialidade nociva das substâncias entorpecentes envolvidas no crime, assim como a conduta do acusado (que operava verdadeira central de atendimento de drogas – 'delivery')*.

6. 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, denegar a ordem de *habeas corpus* 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, 12 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.996 - SP (2011/0052704-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de **Rafael Rondel e Silva**, apontando como autoridade coatora a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 99009324972/3, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 4 anos e 2 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.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas deveria ter sido aplicada no **patamar máximo de 2/3**, destacando que, além de a quantidade de drogas não ter sido elevada, a variedade de substâncias entorpecentes não teria sido elencada pelo legislador como parâmetro para a escolha da fração legalmente prevista.

Defende, ainda, que deveria ser fixado ao paciente o **regime aberto** de cumprimento de pena, ressaltando que ele é primário e que as circunstâncias judiciais lhe foram tidas como favoráveis.

Considera que a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado, prevista no art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, seria inconstitucional, por violação ao princípio da razoabilidade, *pois retira do magistrado a possibilidade de decidir o regime inicial segundo as condições pessoais do acusado e as peculiaridades do caso concreto* (fl. 9).

Requeru, liminarmente e no mérito:

a) a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006 no grau máximo de 2/3; e

b) a fixação do regime aberto de cumprimento de pena.

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 199.996 - SP (2011/0052704-0)

VOTO

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

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 2 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 16/4/2009, trazia consigo 1 "tubete" de cocaína e 1 porção de maconha, bem como mantinha em depósito, em sua residência, 29 "tubetes" de cocaína, 30 pedras de *crack* e 1 pote plástico com, aproximadamente, 15 g de cocaína (fls. 23/24).

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

No que tange à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o Juiz sentenciante entendeu devida a incidência da fração mínima de **1/6**, *tendo em vista a quantidade, a variedade e a potencialidade nociva das substâncias entorpecentes envolvidas no crime, assim como a conduta do acusado (que operava verdadeira central de atendimento de drogas - 'delivery')* – fl. 29.

A Corte estadual, por sua vez, manteve inalterado o *quantum* de redução de pena, pelos seguintes fundamentos (fls. 35/36):

[...] o douto magistrado [...] bem aplicou a redução em seu grau mínimo, ante a quantidade, a variedade e a potencialidade nociva da substância entorpecente, assim como o *modus operandi* da conduta do apelante, que afirmou fazer uma espécie de *delivery* da droga, isto é, entrega sob encomenda por telefone.

Aplicar a causa especial de diminuição em sua fração máxima, diante da hipótese em que se verifica maior gravidade da ação criminosa, seria fazer tábula rasa na fixação da benesse legal, dispensando do tratamento igual aos considerados desiguais, o que representa verdadeira afronta aos princípios da isonomia, proporcionalidade e, sobretudo, individualização das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penas.

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 o 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, impõem-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: *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, não se pode considerar ilegal a sentença condenatória no ponto em que, corretamente, aplicou em **1/6** a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Afinal, a quantidade e, especialmente, a diversidade de drogas apreendidas em poder do paciente – maconha, além de cocaína e *crack*, cuja nocividade é, a toda evidência, maior do que a de outras drogas –, são elementos que, somados ao fato de o acusado ter afirmado fazer entrega de drogas sob encomenda por telefone, justificam a aplicação de uma fração inferior à máxima legalmente prevista.

A propósito, consoante julgado do Supremo Tribunal Federal: *O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para aplicar 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 (STF, HC n. 105.950/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, publicado em 1º/2/2011).

No que tange ao modo de cumprimento de pena fixado ao paciente, o Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do **regime inicial fechado**, com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007 (fl. 30).

A Corte estadual, por sua vez, manteve inalterada a fixação do regime inicialmente mais gravoso, sob o argumento de que *o crime de tráfico de entorpecentes é equiparado a hediondo e o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/90 veda a aplicação de regime mais brando para o início de cumprimento das penas* (fl. 37).

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 segundo o qual, **ante o quantum de pena aplicado e considerando as circunstâncias**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 espécie dos autos, mostra-se devida a imposição do **regime inicial fechado**, nos termos do art. 33, § 2º, a, e 3º, do Código Penal, pois, não obstante o *quantum* de reprimenda definitivamente irrogado ao paciente e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais, verifica-se que foram apreendidos em poder do acusado 1 "tubete" de **cocaína**, 1 porção de **maconha**, bem como 29 "tubetes" de **cocaína**, 30 pedras de **crack** e 1 pote plástico com, aproximadamente, 15 g **cocaína**, elementos que, somados à alta nocividade do *crack*, porquanto dotado de alto poder viciante, e ao fato de que o paciente *operava verdadeira central de atendimento de drogas* (fl. 29), autorizam, a toda evidência, a fixação do modo inicialmente mais gravoso.

Ante o exposto, **denego** a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0052704-0

HC 199.996 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 5232009 990093249723

EM MESA

JULGADO: 12/04/2012

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. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL RONDEL E SILVA (PRESO)

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, denegou a ordem de habeas corpus, 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.