



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 132.476 - SP (2009/0057975-7)**

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : **LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **CÉLIO FLORINDO PORTO (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Inviável a aplicação, na espécie, da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A Lei n.º 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos acusados de crimes hediondos e equiparados.

2. *In casu*, o crime de tráfico de entorpecentes foi perpetrado em 19-7-2007, após o advento da novel legislação, não sendo possível, assim, a escolha de regime inicial diverso do fechado.

3. Ordem denegada.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2010. (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 132.476 - SP (2009/0057975-7)

IMPETRANTE : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CÉLIO FLORINDO PORTO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de CÉLIO FLORINDO PORTO, contra acórdão proferido pela 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento a Apelação Criminal n.º 990.08.040105-0, interposta pela defesa, mantendo, na íntegra, a sentença que condenou o paciente à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/06.

O impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o paciente faz jus à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei de Drogas, aduzindo que o fato de ter sido condenado pelo crime de associação para o tráfico, por si só, não impede a aplicação do almejado redutor.

Considera que haveria diferenciação conceitual entre "organização criminosa" e "associação voltada para a prática do tráfico de entorpecentes", defendendo que, para a configuração da primeira, exige-se a constatação da existência de hierarquia, sofisticação e divisão de tarefas, elementos inexistentes na segunda. Por esta razão, alega que a não aplicação da almejada minorante, diante do simples fato de o paciente ter sido condenado como incurso na conduta prevista no artigo 35 da Lei Antidrogas, constituiria *bis in idem*.

Da mesma forma, alega que a quantidade da droga também não seria fundamento idôneo para negar a pretendida diminuição da reprimenda, pois tal circunstância já teria servido de substrato para a majoração da pena-base, nos termos do artigo 42 do citado diploma legal.

Por fim, alega que o paciente faz jus ao regime semiaberto para o início do cumprimento da pena que lhe foi imposta, aduzindo que o regime mais gravoso foi fixado sem a devida motivação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considera que, mesmo após a entrada em vigor da Lei n.º 11.464/07, a imposição de regime mais gravoso deve ser precedida de fundamentação idônea, nos termos do enunciado nas Súmulas ns. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja aplicada a causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, com a redução da pena atribuída ao paciente na proporção de 2/3 (dois terços), bem como seja alterado o regime prisional, de acordo com a pena resultante da diminuição, para o aberto ou semiaberto.

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 27-28.

A autoridade tida como coatora prestou informações às fls. 33-55.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 57-70, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 132.476 - SP (2009/0057975-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de **8 (oito) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei n.º 11.343/06**, porque, *"associado com um adolescente, trazia consigo substâncias entorpecentes capazes de determinar dependência física e psíquica, a saber, cocaína, na forma de 'crack', e maconha, sem autorização legal ou regulamentar, para fins de tráfico"*, consistentes em **"130 invólucros de plástico incolor, contendo maconha, com peso líquido de 270 g; um tubo plástico, do tipo porta filmes, contendo 10 porções de cocaína, com peso líquido de 7 g, e 2 invólucros menores, ambos armazenando 'crack', com peso líquido de 0,25 g"** (fls. 11-12).

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

No que se refere à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, o juiz singular entendeu inviável o reconhecimento da benesse em favor do paciente, ao argumento de que *"é incompatível com a associação prevista no artigo 35 da mesma lei, uma vez que aquele está associado com outro para traficar drogas, se dedica a tal atividade, o que descaracteriza a causa de diminuição de pena"* (fls. 13-14).

A egrégia Corte impetrada, por sua vez, manteve o afastamento da minorante em questão, *"ainda em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, devendo, pois, prevalecer o estatuído no artigo 42 da citada Lei"* (fl. 22).

Com efeito, dispõe o § 4º do art. 33 da mencionada lei federal, *verbis*:

"§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º 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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, merece destaque que, *"na linha de precedentes desta Corte, a grande quantidade de drogas, considerada isoladamente, não impede a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, salvo se, aliada a outras circunstâncias do caso concreto, restar evidenciado que o paciente se dedica a atividades delituosas ou integra organização criminosa"* (HC n.º 153.779/RJ. Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 20-4-2010, DJe 24-5-2010).

In casu, verifica-se que foi negado ao paciente a aplicação da minorante insculpada no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas não só em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, mas também em razão *"da associação prevista no artigo 35 da mesma lei, uma vez que aquele está associado com outro para traficar drogas, se dedica a tal atividade, o que descaracteriza a causa de diminuição de pena"* (fls. 13-14).

E, assim decidindo, não se pode acoiar de ilegal a sentença condenatória no ponto em que não reconheceu, em favor do paciente, a aplicação do disposto no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, tampouco do acórdão objurgado no ponto em que manteve o afastamento da minorante em questão, pois, embora seja tecnicamente primário e de bons antecedentes, restou demonstrada a participação do acusado em associação criminosa especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de drogas, tanto que findou condenado por violação ao art. 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, circunstância suficiente para afastar a possibilidade de aplicação da almejada benesse, diante do não preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, o seguinte julgado:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ARTS. 33 E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO.

[...]

II - Inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 à ré condenada como incurso no

art. 35 da referenciada Lei, porquanto evidenciada que integra organização criminosa.

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido." (REsp n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.072.014/MG, Rel. Min. Felix Fisher, julgado em 23-6-2009, DJe 31-8-2009)

Ainda, o seguinte julgado da Sexta Turma deste Sodalício:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. INCIDÊNCIA RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É firme o entendimento desta Turma no sentido de que a causa de diminuição insculpida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pode incidir nos crimes cometidos ainda na vigência da lei anterior.

2. Contudo, na hipótese, o Juízo de primeiro grau concluiu que a paciente integrava organização criminosa voltada para o comércio de entorpecente, o que culminou com sua condenação pelo delito de associação para o tráfico, previsto, na época, no art. 14 da Lei nº 6.368/76.

3. Ordem denegada. (HC n.º 127.639/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 18-5-2010, DJe 7-6-2010)

Ademais, para concluir-se de forma diversa, ou seja, para examinar-se se o acusado efetivamente se dedicaria ou não a atividades delituosas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena fixado ao paciente - fechado -, a Corte impetrada destacou que *"a imposição do regime inicial fechado era forçoso, em virtude de previsão expressa, na medida em que a Lei n.º 11.464/07, de 28-3-2007, alterando a Lei dos Crimes Hediondos, estatuiu, no § 1º de seu art. 1º, textualmente, que: 'A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'"* (fl. 22).

Na espécie, verifica-se que o crime de tráfico de entorpecentes ocorreu em 19-7-2007 (fl. 10), após, portanto, o advento da Lei n.º 11.464/2007, a qual, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu o regime inicial fechado aos condenados pela prática desses tipo de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade de sanção firmada.

Inúmeros julgados deste Tribunal corroboram o entendimento, senão vejamos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITOS DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06 EM SEU PERCENTUAL MÁXIMO DE REDUÇÃO E DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. QUESTÕES NÃO APRECIADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. TESE DE INOBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. NÃO-OCORRÊNCIA. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/07.

1. A impetração, quanto às teses relativas ao direito à fixação do percentual máximo de 2/3, pela aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, e à substituição das penas, não foram objeto de exame pelo Tribunal de origem, nos autos do habeas corpus originário, o que impede a apreciação por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

2. Na espécie, o Paciente restou condenado pela prática do crime de tráfico de drogas cometido em 28/08/2007, sob a égide, portanto, da nova Lei de Crimes Hediondos – Lei n.º 11.464/07, a qual, estabelece, em seu art. 1.º, que alterou a redação do art. 2º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90 o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do quantum de pena aplicado.

3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem" (HC 119.506/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 9-2-2009) (Grifos nossos)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO.

I - Não há qualquer constrangimento ilegal, reparável via habeas corpus, na fixação, no caso, do regime inicial fechado para o desconto da reprimenda imposta ao paciente, mormente diante da modificação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei nº 11.464/07.

II - Assim, tendo o paciente cometido crime na égide na Lei nº 11.464/07, é incensurável a r. sentença condenatória que fixou o regime fechado como o inicial para o cumprimento da reprimenda penal.

Ordem denegada" (HC 106.461/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 03/11/2008) (Grifos nossos)

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA DE UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. LEI Nº 8.072/90. AUSENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A pena imposta ao paciente é de 1 ano e 8 meses de reclusão,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transitada em julgado para a acusação. É razoável conceder ao paciente o direito de aguardar em liberdade ao julgamento dos seus recursos pelo Tribunal local, sob pena de lhe ser imposto, indiretamente, o regime integralmente fechado de cumprimento da pena.

2. O regime inicial fechado é imposto por lei nos casos de crimes hediondos, não dependendo da pena aplicada. Assim, não há qualquer ilegalidade na fixação de referido regime, já que o paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas.

3. Ordem parcialmente concedida." (HC n.º 91.360, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 13-5-2008, publicado em 20-6-2008) (Grifos nossos)

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0057975-7

HC 132.476 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 7822007 990080401050

EM MESA

JULGADO: 26/10/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CÉLIO FLORINDO PORTO (PRESO)

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de outubro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário