



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 134.841 - SP (2009/0078500-9)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : HELOÍSA ELAINE PIGATTO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : NHAMA TOMAS MABJAIA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA QUE ULTRAPASSA QUATRO ANOS. INVIABILIDADE. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO.

1. A considerável quantidade de entorpecente é justificativa idônea para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 do patamar máximo previsto na norma de regência.

2. No caso, o paciente foi preso em flagrante quando trazia consigo aproximadamente 800 gramas de cocaína, sendo que o entorpecente seria levado a outro país. Assim, não há ilegalidade na fixação do percentual de 1/3 (um terço).

3. Como consequência do indeferimento do pedido de diminuição da pena, não há como se acolher a pretensão de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. Com efeito, considerando a quantidade de pena aplicada - 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão - não se tem por preenchido o requisito previsto no art. 44, I, do Código Penal.

5. Mesmo considerando que a pena não ultrapassa 8 (oito) anos e que o delito foi praticado em momento anterior à entrada em vigor da Lei nº 11.464/07, não há de ser modificado o regime prisional.

6. No caso concreto, atento à transnacionalidade do delito; à existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis; à natureza e quantidade de entorpecente, deve ser mantido o regime apontado nas instâncias ordinárias.

7. 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 Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 14 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 134.841 - SP (2009/0078500-9)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Nhama Tomas Mabjaia, cidadão moçambicano, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negou provimento ao apelo defensivo, nos termos desta ementa (fls. 81/3):

PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES – POSSE DE COCAÍNA – AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS – ESTADO DE NECESSIDADE NÃO COMPROVADO- CONDENAÇÃO MANTIDA – INTERNACIONALIDADE – DOSIMETRIA DA PENA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO – LIBERDADE PROVISÓRIA - APELO IMPROVIDO.

I – O apelante foi preso em flagrante delito, processado e condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade fixada em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado, bem como ao pagamento de 466 (quatrocentos e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, pela prática do crime previsto no artigo 33, combinado com o art. 40, I, ambos da lei 11.343/2006.

II - A materialidade do delito está comprovada pelos laudos de constatação e definitivo. A autoria e o dolo são incontestes, tanto que sequer foi questionada no presente recurso. O réu foi preso em flagrante e, tanto em sede policial quanto em juízo, confessou a autoria delitiva. Os depoimentos prestados pelas testemunhas de acusação corroboraram os fatos narrados na denúncia.

III – Não merece prosperar a alegação de estado de necessidade. As dificuldades financeiras sofridas pela família do apelante não justificam a prática de tráfico internacional de entorpecentes. Para que seja reconhecido o estado de necessidade é preciso que o agente aja para afastar perigo atual, eminente e inevitável, cujo sacrifício seja exigível. Existem meios lícitos de superar dificuldades financeiras, que não sejam a prática de um crime considerado hediondo. O réu é jovem e sadio, com condições de procurar emprego e ajudar no sustento de sua família e não comprovou que a sua sobrevivência ou a de sua família estavam ameaçadas Posto isso, fica afastada a alegada excludente.

IV - A internacionalidade restou evidenciada, uma vez que para a configuração basta a comprovação de que a droga foi adquirida fora do país ou de que o porte tinha como finalidade a sua comercialização no exterior. O réu foi preso em flagrante quando estava prestes a embarcar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rumo a África do Sul, conforme restou demonstrado nos autos e na passagem apreendida, restando plenamente configurada a causa de aumento.

V - Sobre a dosimetria da pena, a apelação somente contestou o quantum da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e aplicação da causa de aumento da transnacionalidade. Com relação aos pontos não questionados, não vislumbrada qualquer ilegalidade e mantida as penas determinadas na r. sentença.

VI - Não há registro nos autos de que o réu possua maus antecedentes, tampouco que não seja primário ou que se dedique a atividades criminosas, inclusive com certidão da Interpol neste sentido. As declarações do réu dão conta de que sua empreitada criminosa foi um fato isolado em sua vida, não havendo, ao menos num juízo de certeza, provas de que participava como membro integrante de uma grande estrutura organizada para o cometimento de tráfico de drogas. No entanto, se por um lado não há provas de que o réu efetivamente participava como membro integrante de alguma organização, é claro que colaborou com a mesma, cabendo a ele, ao menos nesse evento delitivo, a responsabilidade pelo transporte de considerável quantidade de drogas de um país para o outro, contribuindo para o êxito da organização dedicada ao tráfico de entorpecentes, mormente por se tratar de tráfico transnacional, que, por óbvio, exige maior elaboração.

VI - Dessa maneira, feita a análise dos requisitos do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, entendo ser razoável que o índice de diminuição de pena seja aplicado não em seu máximo, mas sim, à razão de 1/3 (um terço), considerando sua variabilidade de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), conforme fixado na r. sentença.

VII - Ainda na terceira fase, conforme já destacado, incide a causa de aumento decorrente da internacionalidade. A Lei 11.343/2006 prevê uma variação de 1/6 a 2/3, devendo o aumento ser mantido a razão de 1/6 (um sexto).

VIII - Com relação ao pedido de liberdade provisória, além da vedação legal do art. 44. da Lei n.º 11.343/2006 que prevê expressamente que o crime de tráfico de drogas é inafiançável e insuscetível de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, além de ser vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos, cabe ressaltar que para que seja concedida, não podem estar presentes os requisitos para a prisão preventiva (art. 312 do CPP). O apelante foi preso em flagrante delito e respondeu ao processo nesta condição. Tendo em vista tratar-se de estrangeiro em situação irregular no país, entendo que a manutenção da prisão mostra-se necessária para a aplicação da lei penal, sobretudo por ter sido preso momentos antes de deixar o país, o que comprova a ausência de vínculo com o distrito da culpa. Ademais, não poderá exercer atividade laboral no Brasil, consoante dispõe o artigo 98 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estatuto do Estrangeiro.

IX - A própria Constituição Federal em seu art. 5º inciso XLVI prevê que a lei regularizará a individualização de pena e equipara (inciso XLIII) o crime de Tráfico de Entorpecentes com os crimes hediondos, o que justifica a vedação da liberdade provisória, ao menos na presença dos fundamentos da prisão preventiva.

X - Apelação do réu improvida.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito de tráfico internacional de drogas, pois trazia consigo aproximadamente 800 (oitocentos) gramas de cocaína, com destino à África do Sul.

Ao final da instrução, sobreveio sentença, condenando-o à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado, bem como ao pagamento de 466 (quatrocentos e sessenta e seis) dias-multa.

Houve apelação, à qual se negou provimento.

Foi interposto - e inadmitido - recurso especial. A condenação transitou em julgado.

Neste writ, são três as alegações vazadas na impetração:

- a)** ser devida a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no patamar máximo, de 2/3 (dois terços);
- b)** ser cabível a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos;
- c)** a necessidade de estabelecimento do regime prisional aberto para a expiação.

Ouvido, o Ministério Público Federal (Subprocurador-Geral Maurício Vieira Bracks) opinou pela **concessão** parcial da ordem, "tão-somente para que seja alterado o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente" (fls. 96).

Atribuído o feito em 26.11.2010, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 134.841 - SP (2009/0078500-9)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Para melhor delinear a questão, analiso os temas presentes na impetração separadamente.

I - aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no patamar máximo:

Nesse ponto, recupero o que se escreveu na sentença e no acórdão de apelação:

Na terceira fase, tal como fundamentado anteriormente, não reconheço estar caracterizada a eficácia da delação apresentada pelo réu. Por outro lado, não vislumbro que o réu integre organização criminosa, e considerando ainda que o acusado é primário e portador de bons antecedentes, além de não haver prova de que o mesmo se dedique a atividades criminosas e integre organização criminosa, verifico estar autorizada a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Entretanto, considerando a quantidade de droga apreendida com o réu, 800,3 g (oitocentos gramas e três decigramas - peso líquido) de cocaína, reduzo a pena somente em 1/3, fixando-a em 04 anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa. (fls. 70)

Sobre a dosimetria da pena, a apelação somente contestou o quantum da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e aplicação da causa de aumento da transnacionalidade. Com relação aos pontos não questionados, não vislumbro qualquer ilegalidade e mantenho as penas determinadas na r. sentença.

Alegação 3) *Na terceira fase da dosimetria, há que se analisar a causa de diminuição da pena referente ao artigo 33, § 4º, que prevê redução de 1/6 a 2/3 para o agente que seja primário, possua bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

Verifico que não há nos autos registro de que o réu possua maus antecedentes, tampouco que não seja primário ou que se dedique a atividades criminosas, inclusive com certidão da Interpol neste sentido (fls. 107, 142 e 226)

Registro, ainda, que as declarações do réu dão conta de que sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

empreitada criminosa foi um fato isolado em sua vida, não havendo, ao menos num juízo de certeza, provas de que participava como membro integrante de uma grande estrutura organizada para o cometimento de tráfico de drogas.

No entanto, se por um lado não há provas de que a réu efetivamente participava como membro integrante de alguma organização, é claro que colaborou com a mesma, cabendo a ele, ao menos nesse evento delitivo, a responsabilidade pelo transporte de considerável quantidade de drogas de um país para o outro, contribuindo para o êxito da organização dedicada ao tráfico de entorpecentes, mormente por se tratar de tráfico transnacional, que, por óbvio, exige maior elaboração.

Dessa maneira, feita a análise dos requisitos do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, entendo ser razoável que o índice de diminuição de pena seja aplicado não em seu máximo, mas sim, à razão de 1/3 (um terço), considerando sua variabilidade de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), conforme fixado na r. sentença. (fls. 78/79)

Entendo que não merecem reparos as considerações feitas pelas instâncias ordinárias. De fato, a considerável quantidade de entorpecente é justificativa idônea para afastar a aplicação da referida minorante do patamar máximo previsto na norma de regência.

Em casos análogos, esta Corte vem assim decidindo:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. LEI N.º 11.343/06. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS PROSCRITAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. APLICAÇÃO. MONTANTE MÍNIMO.

1. Se o paciente é primário, ostenta bons antecedentes, não se dedica a atividades delituosas e nem integra organização criminosa, revela-se possível a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, contudo, a expressiva quantidade de drogas apreendidas em seu poder, denotando maior grau de reprovabilidade na conduta, determina a aplicação do benefício em seu patamar mínimo (um sexto). (HC 150.679/SP, Relatora para acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 7.6.2010)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. DELAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREMIADA. REQUISITOS INSCULPIDOS NO ART. 41 DA NOVA LEI DE DROGAS. NÃO-PREENCHIMENTO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Verificando-se que o Tribunal impetrado aplicou o redutor no quantum mínimo de 1/6 (um sexto), em razão da "grande quantidade de droga apreendida" (fl. 36) - mais de 9 (nove) quilos de cocaína, acondicionada em 14 tabletes escondidos sob a tábua de madeira que servia de apoio para a esteira ergométrica que transportava em sua bagagem -, incorre constrangimento ilegal, visto que, de fato, tal evidencia maior censurabilidade da conduta a justificar a escolha do patamar mínimo previsto para a mitigação.

(HC 118.655/RJ, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe de 12.4.2010)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA. UTILIZAÇÃO COMO PARÂMETRO PARA DEFINIR O PERCENTUAL DE REDUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, as penas referentes ao crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. No caso, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar de um sexto, considerando a grande quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos – 123 (cento e vinte e três) porções de maconha, com peso líquido aproximado de 370 g (trezentos e setenta gramas); 7 (sete) sacolas plásticas contendo cocaína, pesando pouco mais de 680 g (seiscentos e oitenta gramas); bem como 2 (dois) papелotes de cocaína, com peso de 2,1 g (dois gramas um decigrama).

Assim, não há falar em constrangimento ilegal. Precedentes.

(HC 162.529/SP, de minha relatoria, DJe de 1º.7.2010)

II - da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos:

Como consequência do indeferimento do pedido de diminuição da pena, não há como se acolher a pretensão de substituição da privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos.

Com efeito, considerando a quantidade de pena aplicada - 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão - não se tem por preenchido o requisito previsto no art. 44, I, do Código Penal.

III - modificação do regime prisional:

Bem lembrou o parecerista que o delito foi praticado em momento anterior à entrada em vigor da Lei nº 11.464, de 28.3.07 (flagrante em 24.3.07), o que conduziria à necessidade de motivar qual o regime prisional haveria de prevalecer mesmo em se tratando de crime equiparado a hediondo.

No caso concreto, levando em conta a reprimenda fixada, seria cabível, numa primeira visada, o estabelecimento do regime semiaberto para o início da expiação.

No entanto, atento à transnacionalidade do delito; à existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (a pena-base foi, inclusive, fixada acima do patamar mínimo); à natureza e quantidade de entorpecente, entendo que deve ser mantido o regime apontado nas instâncias ordinárias.

Pelo exposto, voto pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0078500-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 134.841 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200761190020941

EM MESA

JULGADO: 14/12/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES DE SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : HELOÍSA ELAINE PIGATTO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : NHAMA TOMAS MABJAIA (PRESO)

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

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 Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 14 de dezembro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário