



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 212.812 - SP (2011/0159589-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : SANDRO LUIZ MARQUES DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SANDRO LUIZ MARQUES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME EXHAURIENTE DE PROVAS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006 E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RÉU REINCIDENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA, PREJUDICANDO O PEDIDO DE LIMINAR.

1. O Tribunal de origem demonstrou, com a devida fundamentação, que o Paciente cometeu o delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Desse modo, o exame da tese de insuficiência de provas para a condenação, na hipótese em tela, demandaria, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do *writ*.

2. A reincidência do Réu e o *quantum* de pena aplicada – 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão –, constituem motivos suficientes para obstar a concessão do benefício da substituição das penas. Inteligência do art. 44, incisos I e II, do Código Penal. Precedentes.

3. Ordem denegada, prejudicando o pedido de liminar.

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 e julgar prejudicado o pedido de liminar. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 212.812 - SP (2011/0159589-6)

IMPETRANTE : SANDRO LUIZ MARQUES DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SANDRO LUIZ MARQUES DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor próprio por SANDRO LUIZ MARQUES DOS SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido em sede de apelação criminal, cuja ementa é a seguinte:

"Apelação - Tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06) - Desclassificação para a conduta prevista no art. 28, caput, da Lei n.º 11.343/06, operada pelo Juízo de Primeiro Grau - Recurso ministerial - Condenação pretendida - Procedência - Apreensão em poder dos acusados de 48 (quarenta e oito) porções de 'maconha' embalada individualmente e prontas para comercialização - Depoimentos firmes e coerentes dos policiais responsáveis pela diligência no sentido de que surpreenderam os acusados no exato momento em que manipulavam e embalavam as drogas - Validade - Apreensão de expressiva quantidade de entorpecentes e filme plástico destinado à embalagem, tudo a denunciar a mercancia - Inexistência de elementos que indiquem a mera condição de usuários de entorpecentes - Depoimentos das testemunhas de defesa contraditórios e tendenciosos, revelando a clara intenção de eximir os réus de qualquer responsabilidade sobre a traficância - Alegação defensiva acerca de suposto abuso de autoridade perpetrado pelos policiais militares - Descabimento - Processo crime movido contra dois dos policiais militares responsáveis pela abordagem dos acusados a pedido do próprio órgão acusatório em 05.10.2009 - Traficância caracterizada - Condenações de rigor.

Dosimetria - Penas-base fixadas no mínimo legal, ante as circunstâncias judiciais favoráveis ostentadas pelos agentes - Reincidência certificada em relação ao co-réu Sandro com aumento de sua reprimenda em 1/6 (um sexto) - Preenchidos os requisitos legais estabelecidos no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 apenas pelo acusado Diego - Redução da reprimenda deste no patamar intermediário de 1/2 (metade) - Regime prisional - Em razão da vigência da Lei n.º 11.464/07 de rigor a aplicação do regime de cumprimento de pena no inicialmente fechado, observando os critérios nela estabelecidos.

Apelo ministerial provido". (fls. 23/24)

Consta dos autos que a sentença condenatória havia imposto a pena de advertência sobre o uso das drogas, prevista no art. 28, inciso I, da Lei n.º 11.343/2006.

Entretanto, em sede de apelação interposta pela Acusação, o Tribunal local



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reformou a decisão do juiz de primeiro grau, alterando a tipificação, do art. 28, para o art. 33, *caput*, do Código Penal, ou seja, imputou ao Paciente a conduta de tráfico ilícito de entorpecentes ao invés de uso de drogas.

Desse modo, o Paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na presente impetração, o Impetrante/Paciente sustenta que possui bons antecedentes, residência fixa, ocupação lícita e que apenas "*era usuário contumaz de entorpecentes*" (fl. 02), mas nunca chegou a traficar drogas.

Requer a sua absolvição ou, alternativamente, seja aplicada a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, substituindo-se, conseqüentemente, a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

O *writ* foi encaminhado à Presidência desta Corte que, em virtude da ausência de documentos, não apreciou o pedido de liminar. Na mesma oportunidade, determinou-se o pedido de informações ao Tribunal Impetrado e o posterior envio dos autos ao *parquet* federal.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 14/45, com a juntada de peças processuais pertinentes.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento parcial do *habeas corpus* e, nessa parte, pela sua denegação, em parecer de fls. 49/53, resumido pelo teor da seguinte ementa, *in verbis*:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. MATÉRIA QUE DEMANDA AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CRIME COMETIDO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 2.º, § 1.º, DA LEI N.º 8.072/90 E DETERMINOU O REGIME INICIALMENTE FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TESE NÃO DEBATIDA NO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

Parecer pelo conhecimento parcial do writ e, nesta parte, pela denegação da ordem". (grifos constam no original.)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 212.812 - SP (2011/0159589-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME EXHAURIENTE DE PROVAS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006 E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RÉU REINCIDENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA, PREJUDICANDO O PEDIDO DE LIMINAR.

1. O Tribunal de origem demonstrou, com a devida fundamentação, que o Paciente cometeu o delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Desse modo, o exame da tese de insuficiência de provas para a condenação, na hipótese em tela, demandaria, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do *writ*.

2. A reincidência do Réu e o *quantum* de pena aplicada – 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão –, constituem motivos suficientes para obstar a concessão do benefício da substituição das penas. Inteligência do art. 44, incisos I e II, do Código Penal. Precedentes.

3. Ordem denegada, prejudicando o pedido de liminar.

VOTO

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

O Impetrante/Paciente foi condenado, em grau de apelação manejada pela Acusação, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pelo cometimento do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

O pleito veiculado no presente *habeas corpus* cinge-se à possibilidade de absolvição do Acusado ou, alternativamente, conversão de sua pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Pois bem. De início, transcrevo trecho do voto condutor do acórdão recorrido que trata dos elementos probatórios que formaram convicção do Desembargador Relator, senão vejamos, *in verbis*:

"[...]"

Com a devida vênia ao entendimento esboçado pelo d. magistrado sentenciante, temos que o conjunto probatório colhido em ambas as etapas persecutórias demonstrou com a segurança e certeza necessárias o efetivo envolvimento dos acusados Diego e Sandro com o tráfico de entorpecentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na forma estabelecida no art. 33, 'caput', da Lei n.º 11.343/06.

Consta dos autos que no dia 06 de junho de 2009, por volta das 23h40min, na Rua Atílio Ciaramicoli, n.º 111, na cidade de Tupã, os acusados Diego Santos Carvalho e Sandro Luiz Marques dos Santos, tinham em depósito, com fins de tráfico, 48 (quarenta e oito) invólucros de 'maconha', pesando aproximadamente 180g (cento e oitenta gramas), substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, além de filme plástico transparente destinado a embalagem das porções, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

*Segundo apurado, na data dos fatos, policiais militares em patrulhamento de rotina avistaram uma pessoa saindo da residência situada no local anteriormente mencionado, sendo certo que ao perceber a presença da viatura, tal indivíduo regressou, correndo ao interior do imóvel. Desconfiando dessa conduta, os milicianos se dirigiram até o local e adentraram na residência, onde se depararam com os acusados **Diego e Sandro**, os quais estavam próximos de uma mesa em que foram apreendidas cerca de 48 (quarenta e oito) porções de 'maconha', além de um rolo de filme plástico destinado a confecção das embalagens individuais.*

Consta, ainda, que em poder do acusado Diego Santos Carvalho, foi apreendido um aparelho de telefonia celular, marca Samsung (sic), n.º 9608-7124, o qual supostamente seria utilizado pelos acusados para comercializar a droga.

A materialidade do crime de tráfico ilícito de entorpecentes restou exaustivamente comprovada através das informações contidas no boletim de ocorrência (fls. 16/17), auto de exibição e apreensão (fls. 18), laudo de constatação provisório (fls. 19/20) e laudo químico-toxicológico (fls. 80), o qual resultou positivo para a substância 'Cannabis sativa L', vulgarmente conhecida por 'maconha', além das provas orais colhidas em ambas as oportunidades em que se pronunciou nos autos, negou qualquer participação com o tráfico ilícito de entorpecentes. Afirmou que na data dos fatos estava na residência do co-réu Sandro, quando chegaram ao local as testemunhas Cristiano e sua esposa Natali, com o intuito de deixar uma motocicleta ali estacionada e seguir para um 'trailer' existente nas proximidades. Informou que no momento em que o casal estava indo embora, o co-réu Sandro os acompanhou até a porta, oportunidade em que foi abordado por policiais militares, os quais tiveram a entrada franqueada pelo proprietário da residência, mas nessa primeira investida se recusaram a ingressar no imóvel.

[...]". (fls. 25/27; sem grifo no original)

Como visto, o Tribunal de origem demonstrou, com a devida fundamentação, que o Paciente cometeu o delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Desse modo, o exame da tese de insuficiência de provas para a condenação, na hipótese em tela, demandaria, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sabido, não se coaduna com a via estreita do writ.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

"PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PLEITO DE JUNTADA DA INTEGRALIDADE DO PROCESSO ORIGINÁRIO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA ACUSATÓRIA QUE SATISFAZ OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA APRESENTADA APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. MATÉRIA PRECLUSA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE EM SEDE DE 'WRIT'. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE NEGADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/06. VEDAÇÃO LEGAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. VIOLAÇÃO AO TEOR DO VERBETE DA SÚMULA Nº 444/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DE INQUÉRITO POLICIAL EM ANDAMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

V. O pleito de absolvição do acusado não pode ser alvo de apreciação na via eleita, uma vez que a aferição do fundamento alegado, qual seja, inexistência de provas suficientes à condenação, demandaria análise do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

VI. A Lei n.º 11.343/2006 veda a concessão de liberdade provisória aos acusados de tráfico de drogas e condutas afins.

VII. Nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, a natureza e a quantidade da droga devem ser consideradas tanto na fixação da pena-base quanto na determinação do quantum de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

VIII. As ações penais e os inquéritos policiais em andamento não justificam a majoração da pena-base, a teor do enunciado da Súmula nº 444/STJ.

IX. Recurso parcialmente provido, nos termos do voto do Relator." (RHC 28.628/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 17/11/2011; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REAPRECIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. FACULDADE DO JUIZ. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. O pedido de reconhecimento do excesso de prazo para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento da apelação está prejudicado, ante a superveniência da realização do ato reclamado.

2. *As instâncias ordinárias, após exame do conjunto fático-probatório dos autos, concluíram pela existência de elementos coerentes e válidos a ensejar a condenação do Paciente pelo delito de tráfico ilícito de drogas. Desse modo, para se entender de modo diverso, de modo a acolher a pretendida absolvição do Acusado, seria inevitável a reapreciação da matéria fático-probatória, sendo imprópria sua análise na via do habeas corpus.*

3. 'O magistrado não está obrigado a determinar a realização de exame de dependência toxicológica, quando, de modo justificado, entender desnecessária tal prova para o esclarecimento do fato criminoso e da conduta do acusado' (HC 46079/PR, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 14/11/2005).

4. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.^o do art. 33, da Lei n.^o 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, uma vez que o acórdão atacado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de réu que se dedica à atividade criminosa.

5. *Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.*" (HC 150.913/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 13/10/2011.)

Quanto à aplicação da causa especial de diminuição da pena e a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena, o acórdão impugnado encontra-se fundamentado nos seguintes termos, *in verbis*:

"[...]

*As penas-base devem ser fixadas no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, para ambos os agentes, tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis por eles ostentadas. Posteriormente, entretanto, a reprimenda cominada ao acusado **Sandro Luiz deve ser aumentada em 1/6 (um sexto), em virtude da reincidência devidamente certificada nos autos**, resultando assim, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso.*

Preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 33, § 4.^o, da Lei n.^o 11.343/06, tão-somente pelo co-réu Diego, e atentando-se para a quantidade e qualidade da substância entorpecente apreendida em seu poder, de rigor a redução da reprimenda no patamar intermediário de 1/2 (metade), resultando assim, na imposição da pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no piso.

No tocante ao regime prisional, de rigor a fixação do inicial fechado para ambos os agentes, pois com o advento da Lei n.^o 11.464/2007, que deu nova redação ao artigo 2.^o, § 1.^o, da Lei n.^o 8.072/1990, os condenados por crimes hediondos e os a eles equiparados, entre os quais o tráfico de entorpecentes, passaram a ter direito ao regime fechado para início de cumprimento de pena.

[...]". (fls. 37/38).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da leitura do trecho da fundamentação do acórdão recorrido, vê-se que, na espécie, ao contrário do que quer fazer crer o Impetrante, cuida-se de Réu portador de maus antecedentes e reincidente.

Nesse contexto, o pedido de incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, não deve ser acolhido. Isso porque, "[r]econhecendo a sentença que o paciente é reincidente específico, não há como aplicar a minorante."(HC 137.159/PR, 6.ª Turma, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP, DJe de 23/08/2010.)

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRETENSÃO A REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. É inaplicável a minorante legal ao caso, uma vez que, o paciente não atende ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente a não ser reincidente. Precedentes do STJ.

[...].

5. Ordem denegada."(HC 160.761/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 02/08/2010.)

Prosseguindo, por consequência, também não pode ser deferido o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante o que prevê o art. 44, incisos I e II, ante a quantidade da pena aplicada – acima de 4 (quatro anos) – por ser o Paciente/Impetrante reincidente específico (fl. 42).

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*, julgando prejudicado o pedido de liminar.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0159589-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 212.812 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 990100641239

EM MESA

JULGADO: 13/12/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SANDRO LUIZ MARQUES DOS SANTOS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : SANDRO LUIZ MARQUES DOS SANTOS (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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem e julgou prejudicado o pedido de liminar."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.