



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 139.401 - SP (2009/0116029-9)**

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : BEATRIZ SUTTI FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SELMO DE LIMA SILVA
PACIENTE : SILVIO DE LIMA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A exasperação das penas-base restou suficientemente fundamentada, em razão da quantidade da droga apreendida (417g de maconha), inexistindo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado. Precedentes.

2. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, não restaram preenchidos os requisitos legais.

3. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "*A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas.*" (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

4. 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 Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 17 de maio de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.401 - SP (2009/0116029-9) (f)

IMPETRANTE : BEATRIZ SUTTI FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SELMO DE LIMA SILVA
PACIENTE : SILVIO DE LIMA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de SELMO DE LIMA SILVA e de SILVIO DE LIMA SILVA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narra a Impetrante que SELMO DE LIMA SILVA e SILVIO DE LIMA SILVA foram condenados, respectivamente, às penas de 07 (sete) anos de reclusão e 06 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 700 e 600 dias-multa, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Nas razões do presente *writ*, alega, em suma, que não houve a devida fundamentação que justificasse a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Sustenta, também, que o Paciente SILVIO DE LIMA SILVA faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Requer, em liminar e no mérito, seja fixada a pena-base dos Pacientes no mínimo legal e, quanto ao apenado SILVIO DE LIMA SILVA, seja aplicada a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 42/43.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da Autoridade Impetrada.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 46/47, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.401 - SP (2009/0116029-9) (f)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A exasperação das penas-base restou suficientemente fundamentada, em razão da quantidade da droga apreendida (417g de maconha), inexistindo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado. Precedentes.

2. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, não restaram preenchidos os requisitos legais.

3. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

4. Ordem denegada.

VOTO

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

O Juízo sentenciante fixou a reprimenda dos Pacientes nos seguintes termos, *ad litteram*:

"Do acusado Selmo de Lima Silva

Atendendo aos ditames do artigo 59, do Código Penal, fixo a pena base acima do mínimo legal, em razão do acusado ostentar antecedentes na esfera criminal, conforme pode ser visto no apenso (um sexto).

Ainda, aumento a pena de um quinto, na primeira fase, em razão da quantidade de entorpecente encontrado, muito acima da média.

Na segunda fase, não reconheço nenhuma atenuante e reconheço a agravante da reincidência (condenação por furto nos autos 4534/03)

Na terceira fase não reconheço nenhuma causa de aumento ou diminuição. O § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas é inaplicável e inconstitucional.

A pena será de 8 anos e 2 meses de reclusão e 800 dias-multa.

Impossível a substituição da pena privativa pela restritiva, em razão da natureza do delito e quantidade da pena fixada.

O regime é o fechado em razão da modificação da nova Lei de Crimes Hediondos. Recomenda-se exame criminológico quando da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

avaliação para progressão de regime e livramento condicional.

Do acusado Silvio de Lima Silva

Atendendo aos ditames do artigo 59, do Código Penal, aumento a pena de um quinto em razão da quantidade de maconha, bem acima da média.

Não há atenuantes ou agravantes.

Nas demais fases não há causas de aumento ou diminuição.

O § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos é inconstitucional e injusto. Permite um benefício a traficantes de entorpecentes e não o faz com relação a outros crimes.

Ainda que assim não fosse, não verifico mérito na conduta do réu para autorizar tal benefício, lembrando que a lei usa a expressão 'poderão', o que demonstra que tal aplicação ficará ao prudente arbítrio do Juiz.

O regime é inicial fechado em razão da modificação da nova Lei de Crimes Hediondos, com recomendação para exame criminológico para apreciação de progressão de regime.

Impossível a substituição da pena privativa pela restritiva, em razão da natureza do delito e quantidade da pena fixada.

Penas: 6 anos de reclusão e 600 dias-multa." (Fls. 15/17)

O Tribunal de origem, por sua vez, quanto à dosimetria da pena, assim consignou:

"[...]

As penas-base de ambos os acusados foram criteriosamente acrescidas de 1/5, diante da grande quantidade de maconha apreendida. Fica cancelado, porém, o aumento de 1/6 às penas de Selmo, pois a certidão de fls. 17 do apenso não caracteriza maus antecedentes, por se referir a feito em andamento. Sendo assim, a reprimenda deste apelante, com o adequado acréscimo de 1/6 por sua comprovada reincidência, resulta em 7 anos de reclusão, mais o pagamento de 700 diárias.

Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da nova Lei de Tóxicos, diante da grande quantidade de droga encontrada, além da recidiva de Selmo, lembrando que tal diminuição é uma discricionariedade conferida pela lei ao juiz, não se tratando, pois, de direito subjetivo dos réus." (Fls. 23/24)

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Ora, como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

No caso, verifica-se da leitura da sentença condenatória e do acórdão impugnado que a pena-base de ambos os Pacientes foi fixada em 1/5 (um quinto) acima do mínimo legal, isto é, em 6 (seis) anos de reclusão e 600 dias-multa, em razão da grande quantidade de droga apreendida (aproximadamente 417g de maconha). E, nos termos da jurisprudência dos Tribunais Superiores, no crime de tráfico de drogas, a quantidade da substância entorpecente deve ser considerada na fixação da pena-base, dado o maior grau de censurabilidade da conduta.

Ademais, segundo o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância entorpecente devem ser consideradas, **com preponderância** sobre as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, no momento da fixação das penas.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE COAÇÃO ILEGAL DECORRENTE DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. AGENTE PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. ORDEM DENEGADA.

1. *As instâncias inferiores fixaram a pena-base acima do mínimo legal, em face da natureza e quantidade da droga apreendida, mais de quatro quilos de cocaína.*

2. *O artigo 42 da Lei de Tóxicos determina que a quantidade e natureza da droga devem preponderar sobre as circunstâncias judiciais, quando da fixação da pena-base e aplicação de redução de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006.*

3. *Coação ilegal não caracterizada.*

4. *Ordem denegada.*" (HC 146.757/RO, 6.ª Turma, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe de 04/04/2011.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (17 KG DE MACONHA). DECISÃO FUNDAMENTADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. *O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.*

2. *Na hipótese, o Juízo sentenciante, no que foi referendado pelo*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal a quo, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, afirmou que a grande quantidade de droga apreendida (17 kg de maconha) trouxe maior grau de censurabilidade a conduta da Paciente, razão pela qual fixou a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentos válidos.

3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que a Paciente se dedicava à atividade criminosa de tráfico de drogas, considerando a dinâmica do fato delituoso, circunstância que, por si só, impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

4. Ordem denegada." (HC 181.716/SC, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 01/02/2011.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. CULPABILIDADE INTENSA. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Mostra-se devidamente fundamentada a sentença condenatória que exasperou a pena-base por considerar desfavoráveis os antecedentes e a personalidade do paciente, haja vista a existência de vários registros criminais não impugnados na impetração.

2. A grande quantidade de droga (18 kg de maconha) justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, destacando-se, inclusive, que tal circunstância, assim como a personalidade e a conduta social, prepondera sobre as demais previstas no art. 59 do Código Penal, a teor do art. 42 da Lei nº 11.343/06.

3. Merece reparo o ponto da sentença que exacerbou a sanção, em razão da culpabilidade, com afirmações genéricas e abstratas relacionadas à gravidade do crime, não se referindo a qualquer peculiaridade do caso concreto, mas a circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal de tráfico de drogas.

4. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena imposta ao paciente a 8 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos), mantidos os demais termos da sentença e do acórdão." (HC 94.179/MS, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 29/03/2010; sem grifo no original.)

Quanto à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 para o acusado SILVIO DE LIMA SILVA, entendeu o acórdão impugnado que a quantidade da droga apreendida – aproximadamente 417 g "maconha", suficiente para confeccionar mais de 1.000 porções individuais, além de embalagens plásticas e tesoura (fl. 23) –, evidencia o seu grau de envolvimento com o tráfico de drogas.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já consignou que a quantidade da substância entorpecente é apta a caracterizar a dedicação do réu à atividade criminosa e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

portanto, afastar a incidência da minorante em questão. Confira-se:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTROVÉRSIA REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO AO RECORRENTE COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA E NA FORMA DE ACONDICIONAMENTO: POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO

1. O entendimento deste Supremo Tribunal é de não ser possível aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à pena-base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76, sob pena de se estar criando uma nova lei que conteria o mais benéfico de cada qual das leis. Precedentes.

2. Na espécie, os fatos que ensejaram a não-aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (quantidade da droga e forma de acondicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Recorrente às atividades criminosas.

3. **A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a recepção, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas.**

4. O habeas corpus não é prestante para revisar os elementos de prova invocados pelas instâncias de mérito a refutar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus ao qual se nega provimento.*" (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010; sem grifo no original.)

No mesmo sentido, o seguinte julgado desta Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DA DROGA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

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

3. É inaplicável a redução legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que, comprovadamente, faz parte de organização criminosa, pois evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade de substância entorpecente apreendida. Precedentes do STJ.

4. *Ordem denegada.*" (HC 148.331/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 05/04/2010.)

Desse modo, não preenchidos os requisitos legais, conforme atestou o acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impugnado, não faz jus o Paciente SILVIO à aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É o voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0116029-9

HC 139.401 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11952573 5442007 993080181438

EM MESA

JULGADO: 17/05/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BEATRIZ SUTTI FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SELMO DE LIMA SILVA
PACIENTE : SILVIO DE LIMA SILVA

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 Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.