



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.077 - SP (2009/0220428-8)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO CAMPOS SILVA
PACIENTE : WOLNEY DE SANTANA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAR REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Diz o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que 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. É certo que na origem foi reconhecido o preenchimento dos requisitos legais, tanto que a pena foi efetivamente reduzida. No entanto, deve-se atentar para a existência de diferentes patamares, a serem escolhidos não por puro arbítrio judicial, mas pelas peculiaridades do caso.

3. Na hipótese, a causa de diminuição de pena foi fixada no mínimo legal de 1/6 (um sexto) em razão da elevada quantidade de droga apreendida, a saber, 826,7 g (oitocentos e vinte e seis gramas e sete decigramas) de maconha, levando-se em conta, também, o concurso de agentes, que traficavam nas proximidades de estabelecimento de ensino. Tais circunstâncias autorizam a aplicação do redutor em patamar diverso do máximo, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Tratando-se de réus primários e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, assiste-lhes o direito de iniciar o desconto da sanção corporal no regime semiaberto.

5. Ordem parcialmente concedida.

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, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 03 de maio de 2011 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.077 - SP (2009/0220428-8)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de Fernando Campos Silva e Wolney de Santana, figurando como coator o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 7 (sete) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 1.117 (mil cento e dezessete) dias-multa, pela prática dos crimes de tráfico e associação para o tráfico de drogas.

À apelação interposta pela defesa, o Tribunal de origem deu parcial provimento, afastando a condenação pela associação. Com isso, a reprimenda foi reduzida a 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa.

Sustenta a impetrante ser possível a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo, de 2/3 (dois terços). Enfatiza que, "sendo os pacientes primários e com bons antecedentes, e ausente prova, durante toda fase instrutória, de que se dediquem a atividades criminosas, ou integrem organização criminosa, não há fundamento legal para deixar de aplicar a redução máxima da pena, que constitui direito subjetivo dos acusados, nos moldes do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06".

Alega, ainda, ser cabível o estabelecimento do regime prisional aberto para o cumprimento da privativa de liberdade.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.077 - SP (2009/0220428-8)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Ressai dos autos que os pacientes foram presos em flagrante, nas imediações de uma instituição de ensino, com 19 (dezenove) invólucros e outros três tijolos de maconha, totalizando 826,7 g (oitocentos e vinte e seis gramas e sete decigramas), prontos para entrega a terceiros, para consumo.

Acabaram por ser condenados, por tráfico de drogas, a 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, inicialmente em regime fechado, e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa.

Confira-se a sentença, na parte da dosimetria:

Na aplicação da pena, verificando as diretrizes do art. 59 do Código Penal, fixo-a no mínimo legal, 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, calculado o valor unitário no mínimo. Wolney foi condenado por tráfico de drogas há dez anos e parece ter cumprido a pena, portanto a situação é a de tecnicamente primário. Os dois podem ser agraciados pelo § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, de modo que reduzo a pena do mínimo, 1/6 (considerando a associação e quantidade de droga é que o patamar foi mínimo): 04 anos e 02 meses de reclusão e pagamento de 417 dias-multa.

A referida minorante, a qual a impetrante busca seja aplicada no patamar máximo, está prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, cuja redação é a seguinte:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

É certo que na origem, como visto, foi reconhecido o preenchimento dos requisitos legais, tanto que a pena foi efetivamente reduzida. No entanto, deve-se atentar para a existência de diferentes patamares, a serem escolhidos não por puro arbítrio judicial, mas pelas peculiaridades do caso.

Na hipótese, a causa de diminuição de pena foi fixada no mínimo legal de 1/6 (um sexto) em razão da elevada quantidade de droga apreendida, levando em conta, ainda, o magistrado o concurso de agentes, os quais, consoante relatado, traficavam nas proximidades de estabelecimento de ensino. Ora, tais circunstâncias autorizam a aplicação do redutor em patamar diverso do máximo, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

Em casos análogos, esta Casa de Justiça vem assim decidindo:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. REDUÇÃO NO MÍNIMO DEVIDAMENTE MOTIVADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. O legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, deixando de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e maior frações indicadas para a mitigação, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que devem ser consideradas as circunstâncias previstas no art. 59 do CP e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos.

2. Embora favoráveis todas as circunstâncias judiciais, a nocividade da substância entorpecente apreendida e a quantidade encontrada em poder dos pacientes - 142 gramas de cocaína - autoriza a redução no patamar mínimo legalmente previsto.

3. Ordem denegada.

(HC 123.412/RJ, Relator Ministro Jorge Mussi, DJ de 24.5.2010)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE REDUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. COMANDO LEGAL QUE DEVE SER COMPATIBILIZADO COM OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PROPORCIONALIDADE.

.....
2. 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 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. **No caso, as instâncias ordinárias aplicaram a causa de diminuição no patamar de 1/5 (um quinto), aludindo à expressiva quantidade de droga – 88 cápsulas de cocaína, com peso aproximado de 395,5 gramas (cápsulas ingeridas pela paciente). Assim, não há falar em constrangimento ilegal.**

4. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

5. Considerando a quantidade de pena aplicada – 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão; a primariedade e os bons antecedentes; e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é devido o estabelecimento do regime semiaberto para o cumprimento da privativa de liberdade.

6. Ordem parcialmente concedida, somente para estabelecer o regime semiaberto para início de cumprimento da privativa de liberdade.

(HC 160.800/SP, de minha relatoria, DJ de 24.5.2010)

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO V, DA LEI Nº 11.343/06. TRÁFICO INTERESTADUAL. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. INEXISTÊNCIA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PECULIARIDADES DO CASO. REDUÇÃO EM PATAMAR MÍNIMO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA.

.....
II - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (Precedentes), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena.

III - No caso concreto, trata-se de réu primário, de bons antecedentes e, ao que se tem, que não se dedica à atividades criminosas nem integra organização criminosa. Desse modo, nada impede a aplicação da causa de diminuição de pena. Porém, em seu grau mínimo (1/6), diante da expressiva quantidade de droga apreendida.

Habeas corpus concedido para afastar a causa de aumento de pena e aplicar a causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/6 (um sexto).

(HC 150.038/SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 3.5.2010)

Do Supremo Tribunal, colho estes recentes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO. EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. O afastamento da causa de diminuição determinada no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 requer fundamentação idônea.

2. Simples afirmação de ausência de prova da inexistência do envolvimento dos acusados em atividades criminosas não é suficiente para negar a redução da pena. O ônus da prova cabe a quem acusa.

3. A quantidade de entorpecentes justifica que a redução da pena seja mínima. Precedentes.

4. Ordem parcialmente concedida.

(HC 99.608/SP, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 21.5.2010)

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à não-aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo.

2. O fato de o paciente possuir bons antecedentes e boa conduta social, apesar de permitir a incidência da causa especial de diminuição de pena, não obriga sua aplicação em seu grau máximo, mormente quando, na espécie, o réu possui personalidade voltada ao mundo do crime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Foi grande a quantidade de droga apreendida, o que reforça a impossibilidade de se reduzir a pena em 2/3 (dois terços).

4. Habeas corpus denegado.

(HC 100.755/AC, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de **7.5.2010**)

Por fim, tratando-se de réus primários e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, assiste-lhes o direito de iniciar o desconto da sanção corporal no regime semiaberto.

Leia-se o enunciado nº 440 da Súmula desta Corte:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Pelo exposto, voto pela concessão parcial da ordem apenas para estabelecer o regime inicial semiaberto para o desconto da sanção corporal na ação penal aqui tratada.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0220428-8

HC 153.077 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3042008 50080105548 990081332990

EM MESA

JULGADO: 03/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO CAMPOS SILVA
PACIENTE : WOLNEY DE SANTANA

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, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.