



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.534 - SP (2010/0138089-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : CARLA CRISTINA MIRANDA DE MELO GUIMARÃES -
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ROBERTH CUELLAR PEREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. ARGUMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da pena, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

2. Verificado que a Corte Estadual levou em consideração a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada um pouco acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

TRÁFICO. CRIME PRATICADO DENTRO DE TRANSPORTE PÚBLICO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO INCISO III DO ART. 40 DA LEI 11.343/06. PRETENDIDO AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE FLAGRADO TRANSPORTANDO A DROGA EM ÔNIBUS. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. A razão de ser da causa especial de aumento prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/06 - tráfico de drogas cometido em transporte público - é a de punir com maior rigor aquele que, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas, aqui incluídos quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da Lei 11.343/06.

2. Razoável o entendimento de que o aumento de pena previsto no inciso III do art. 40 da Nova Lei de Drogas não se limita apenas àquelas hipóteses em que o sujeito, efetivamente, ofereça a sua mercadoria ilícita às pessoas que estejam frequentando esses locais determinados, devendo incidir como forma de diminuir a possibilidade de oferta de drogas nos lugares elencados pela lei, coibindo também aquele que se vale da natural dificuldade de fiscalização policial em transporte público para melhor conduzir a droga.

3. Tendo sido encontrada substância entorpecente no interior de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transporte coletivo, deve ser mantida a causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS, NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

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. Juízo de proporcionalidade que admite a manutenção do redutor de 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as circunstâncias do caso concreto, bem como a elevada quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida com o paciente - "cocaína" -, cuja nocividade é maior do que a de outras drogas.

EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DE MODO MENOS GRAVOSO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Inviável a análise, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da almejada substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e da pretendida fixação de modo menos gravoso de cumprimento de pena, tendo em vista que essas questões não foram apreciadas pela instância de origem, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 21 de junho de 2011. (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.534 - SP (2010/0138089-1)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : CARLA CRISTINA MIRANDA DE MELO GUIMARÃES -
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : ROBERTH CUELLAR PEREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de ROBERTH CUELLAR PEREIRA, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, ao julgar a Apelação Criminal n.º 2009.60.00.009095-7/MS, interposta pelas partes, deu parcial provimento ao recurso ministerial, para exasperar a pena-base do paciente e reconhecer a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06, e proveu parcialmente o apelo defensivo, a fim de alterar para 1/3 (um terço) a fração relativa à minorante insculpida no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, tornando a sua reprimenda definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 533 (quinhentos e trinta e três) dias-multa, mantida, no mais, a sentença que o condenou pela prática do crime de tráfico transnacional de drogas.

A impetrante alega constrangimento ilegal, ao argumento de que a pena-base do paciente teria sido demasiadamente elevada tão somente em razão da natureza e da quantidade de droga apreendida, destacando que a exasperação teria sido desproporcional, sobretudo em se considerando *"as quantidades usualmente apreendidas em nosso país, as quais podem atingir mais de 100 kg de cocaína - conforme noticiários e informações processuais."* (e-STJ fl. 4).

Defende que a nocividade da substância entorpecente não seria justificativa idônea a ensejar a imposição da reprimenda-base acima do mínimo legalmente previsto, uma vez que seria elemento inerente ao próprio tipo penal.

Considera, outrossim, que deveria ser afastada a causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06 - tráfico de drogas cometido em transporte público -, eis que a finalidade da traficância seria a mesma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

independentemente do meio utilizado para a disseminação da droga, destacando que *"impossível se faz a aplicação de penalidade mais severa por tratar-se de ônibus enquanto outros meios de transporte (como o carro ou avião) não teriam o mesmo tratamento"* (e-STJ fl. 6), sob pena de malferir o princípio constitucional da igualdade.

Destaca que o fato de o tráfico de drogas ter sido praticado dentro de um ônibus não teria trazido qualquer *"risco à segurança daqueles que se encontravam no transporte público, uma vez que o paciente se utilizou desse meio de transporte para exaurir a conduta de tráfico, e não para realizá-la dentro e com as pessoas que também se utilizavam desse meio"* (e-STJ fl. 8).

Sustenta, ainda, que a minorante prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas deveria incidir no patamar máximo de 2/3 (dois terços), ressaltando que a participação eventual no tráfico de drogas, como ocorre com os "mulas", não seria fundamento hábil a ensejar a incidência de fração inferior à máxima prevista em lei.

Assevera que a natureza e a quantidade de droga apreendida não poderiam ser levadas em consideração para a escolha do *quantum* relativo à mencionada causa especial de diminuição, sob pena de configurar o inadmitido *bis in idem*, tendo em vista que essas circunstâncias já são utilizadas quando da fixação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da nova Lei de Drogas.

Argumenta, por fim, que a figura do "tráfico privilegiado", assim entendida aquela em que incide a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, não teria caráter hediondo, eis que não contemplada, em tese, no art. 44 do mesmo diploma normativo, razão pela qual seria possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP, bem como a fixação de regime prisional diverso do fechado.

Requer, liminarmente e no mérito, seja:

- a) reduzida a pena-base do paciente;
- b) afastada a causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06;
- c) aplicada, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), a minorante insculpida no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

d) fixado o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena;
e) procedida à substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.534 - SP (2010/0138089-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Certo que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça.

In casu, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 1 (um) dia de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia 27-7-2009, em ônibus abordado pela Polícia Rodoviária Federal durante fiscalização de rotina, na rodovia BR-262, em Miranda/MS, foi preso em flagrante transportando, trazendo consigo e guardando a quantidade de **2.275 kg (dois quilogramas e duzentos e setenta e cinco gramas) da droga vulgarmente conhecida como "cocaína", a qual havia importado da Bolívia** (e-STJ fls. 24).

Inconformadas, ambas as partes interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido dado parcial provimento ao recurso ministerial, para exasperar a pena-base do paciente e reconhecer a incidência também da causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06 - infração cometida em transporte público -, e provido parcialmente o apelo defensivo, a fim de alterar para 1/3 (um terço) a fração relativa à minorante inculpada no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, tornando a sua reprimenda definitiva em **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 533 (quinhentos e trinta e três) dias-multa**, mantida, no mais, a sentença condenatória.

No que se refere à sustentada ilegalidade na pena-base imposta ao paciente, verifica-se que o juiz singular, quando da análise das circunstâncias judiciais, considerou desfavoráveis ao paciente a natureza da droga, "*que apresenta maior*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nocividade à saúde pública", e a quantidade de substância entorpecente apreendida, a qual foi considerada como elevada - 2.275 kg de cocaína (e-STJ fl. 36), tendo, por isso, fixado a sanção básica em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**.

A Corte impetrada, por sua vez, deu parcial provimento ao recurso ministerial para elevar a pena-base do paciente para **6 (seis) anos de reclusão**, pelos fundamentos a seguir aduzidos, *verbis*:

No presente caso, a quantidade da droga apreendida, mais de 2 (dois) quilos, e a natureza da substância entorpecente apreendida, cocaína, droga de notórios efeitos maléficos ao organismo humano que leva os seus usuários a um aumento progressivo da dependência físico-química-psicológica, evidenciam, realmente, uma culpabilidade exacerbada na conduta do acusado, razão pela qual majoro a pena-base para 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. (e-STJ fl. 151)

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Em se tratando de crime previsto na novel Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da penas, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

Na hipótese em apreço, verifica-se que foram consideradas desfavoráveis



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao paciente tão somente a natureza e a quantidade de droga apreendida.

Segundo consta dos autos, o paciente foi preso em flagrante em ônibus abordado por Policiais Rodoviários Federais durante fiscalização de rotina realizada na Rodovia BR-262, em Miranda/MS, transportando, trazendo consigo e guardando a quantidade de **2.275 kg (dois quilogramas, duzentos e setenta e cinco gramas) da droga vulgarmente conhecida como "cocaína"**, acondicionada em 3 (três) pacotes de cor prata, a qual havia importado da Bolívia (e-STJ fls. 24-25), o que evidencia que a Corte Estadual, quando da elevação da pena-base irrogada ao paciente, atuou em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga apreendida, a afastar o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima nesse ponto, sobretudo em se considerando que a quantidade encontrada em poder do condenado não pode ser considerada pequena e a sua nocividade, que é maior do que a de outras drogas.

A propósito, segundo orientação dessa Corte Superior de Justiça, "A natureza e a quantidade da droga apreendida, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, são circunstâncias que, por si só, justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal" (HC n.º 165.387/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 8-2-2011, DJe 21-2-2011).

Relativamente ao pretendido afastamento da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06 - tráfico de drogas cometido em transporte público (ônibus) -, ao argumento de que a finalidade da traficância seria a mesma, independentemente do meio utilizado para a disseminação da droga, colhe-se do acórdão impugnado o trecho a seguir descrito, no que interessa:

O revolvimento da matéria fática demonstra que o réu se utilizou de ônibus para praticar o delito, envolvendo serviço público de transporte coletivo. Nesses casos, a conduta do agente gera um risco mais elevado ao bem jurídico tutelado pela norma penal, na medida em que favorece a propagação do tóxico e abala a segurança dos demais passageiros.

Note-se que, na esteira do entendimento que vem prevalecendo nessa Turma, a aplicação da referida majorante prescinde de prova do manifesto intuito do acusado de disseminar a droga entre os demais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

passageiros [...]. (e-STJ fl. 152)

Com efeito, eis o disposto no inciso III do art. 40 da mencionada lei federal,
verbis:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

*III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou **em transportes públicos**;*

[...] (Grifos próprios)

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a majorante em comento se justifica "*quando for maior a aglomeração de pessoas, e mais fácil, ágil e disseminado torna-se a mercancia da droga, razão pela qual se justifica a causa de aumento da pena*" (In: *Leis penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 793).

No mesmo sentido, Clóvis Alberto Volpe Filho, segundo o qual: "*a razão da causa de aumento é porque, nesses locais, a droga consegue se difundir com maior facilidade, duplicando sua potencialidade lesiva ao corpo social. Esse locais são mais suscetíveis para a propagação de tóxico, além de ser alto o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados grupos*" (In: *Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas - Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Parte II - www.direitonet.com.br*).

Não se discute, pois, que a causa especial de aumento *sub examine* foi instituída com a finalidade de coibir a traficância em locais capazes de abrigar considerável quantidade de pessoas, punindo-se, pois, com mais rigor, aquele que exerce a atividade de traficância em tais circunstâncias.

Contudo, a interpretação meramente literal, sem levar em consideração o desvalor do resultado quanto à intensidade da lesão ao bem jurídico tutelado, desatende



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao espírito da lei, o qual, ao que transparece, foi o de punir com maior rigor aquele que, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas, aqui incluídos quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da Lei 11.343/06, e não apenas o comércio, justamente porque em locais como tais, mais fácil ao traficante passar despercebido à fiscalização, sendo maior, consequentemente, a reprovabilidade de sua conduta.

Assim, razoável o entendimento de que o aumento de pena previsto no inciso III do art. 40 da Nova Lei de Drogas não se limita apenas àquelas hipóteses em que o sujeito, efetivamente, ofereça a sua mercadoria ilícita às pessoas que estejam frequentando esses locais determinados, devendo incidir como forma de diminuir a possibilidade de oferta de drogas nesses lugares elencados pela lei, coibindo também aquele que se vale da natural dificuldade da fiscalização policial em transporte público para melhor conduzir a substância entorpecente.

Por essas razões, não há como prosperar a alegação da impetrante no sentido de que seria ilegal aplicar-se *"penalidade mais severa por tratar-se de ônibus, enquanto outros meios de transporte (como o carro ou o avião) não teriam o mesmo tratamento"* (e-STJ fl. 6), eis que o agente que pratica a ação delituosa em seu carro particular tem, na verdade, mais chance de ser interceptado pela autoridade policial, tanto que, não raro, opta pelo transporte coletivo, na expectativa de que a fiscalização seja menos incisiva, em razão da maior aglomeração de pessoas.

De se destacar, outrossim, o posicionamento desta colenda Quinta Turma, no sentido de que: *"[...] incide a causa de aumento de pena constante do art. 40, inciso III, da Lei de Tóxicos, se o crime tiver sido praticado nos locais designados no aludido dispositivo, ou seja, a pena é elevada exclusivamente em função do lugar do cometimento da infração"* (HC n.º 119.635/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26-11-2009, DJe 15-12-2009, p. 2).

Dessa forma, considerando que a substância entorpecente foi encontrada no interior de transporte coletivo - ônibus -, não há o que se falar em ilegalidade na manutenção da causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06.

Quanto à pretendida aplicação da minorante insculpida no § 4º do art. 33



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da nova Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3 (dois terços), e não em 1/3 (um terço), como procedido pela Corte impetrada, cumpre esclarecer que, no tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, "[...] se o legislador não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição, impõe-se como critério a observância das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, como também, e com preponderância, as dispostas no art. 42 da Lei Antidrogas. **Assim, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução**" (AgRg no HC n.º 145.989/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP -, julgado em 23-11-2010, DJe 6-12-2010).

Vale dizer, o legislador previu 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, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que: "O juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Na espécie, o juiz singular entendeu devida a incidência do menor redutor legalmente previsto, qual seja, 1/6 (um sexto), pelo seguinte argumento:

É certo que [o paciente] teve contato com agente de organização criminosa, que lhe entregou a droga que era transportada. Todavia, na jurisprudência, esta circunstância não tem sido suficiente para afastar a incidência da redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, sendo que apenas contribui para impedir que a redução ocorra acima de um sexto, mínimo legal. (e-STJ fl. 33)

A Corte impetrada, por sua vez, dando parcial provimento ao recurso defensivo, houve por bem alterar a fração de redução de pena de 1/6 (um sexto) para 1/3 (um terço), pelos motivos a seguir aduzidos:

Sendo primário, mas havendo indícios de que figurou eventualmente em organização criminosa, situação muito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próxima àquela em que a redução seria vedada, e considerando que transportava grande quantidade de drogas, é razoável e suficiente, em termo de repressão e prevenção penal, a redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 no patamar de 1/3, maior do que o fixado na sentença, porém não em seu grau máximo, como pleiteia o acusado. (e-STJ fls. 155-156)

Dos trechos acima transcritos, infere-se que, diante do elenco probatório amealhado, concluiu-se que o paciente teria tido contato com membro organização criminosa, que lhe entregou a droga em questão para transporte e posterior colocação no comércio ilícito, pelo que entenderam suficiente e adequada a aplicação de redutor inferior ao patamar máximo de 2/3 (dois terços), especialmente considerando a quantidade e natureza do entorpecente apreendido.

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão impugnado no ponto em que deixou de aplicar o *quantum* máximo de redução de pena insculpido no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que devidamente justificado pelas instâncias ordinárias no fato haver indícios de que teria tido envolvimento com organização criminosa, e também em razão da natureza e da elevada quantidade de droga encontrada em seu poder, circunstâncias que, somadas, justificam a aplicação de fração de diminuição escolhida pelo Tribunal impetrado, sobretudo em razão da nocividade da substância entorpecente apreendida, que é maior do que a de outras drogas.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. PACIENTE CONDENADO A 3 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E 333 DIAS-MULTA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4o. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/3 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (139,2 GRAMAS DE COCAÍNA E 758 GRAMAS DE MACONHA). ART. 42 DA LEI 11.343/06. PRECEDENTES. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06 (nova Lei de Drogas) permite a redução da pena de 1/6 até 2/3 para o condenado por tráfico, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a

atividades criminosas nem integre organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em penas restritivas de direito.

2. Embora o paciente seja tecnicamente primário e sem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes criminais, a quantidade e a natureza da droga apreendida justificam a diminuição em 1/3, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.

3. Parecer pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada. (HC n.º 168.291/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 25-11-2010, DJe 13-12-2010)

Por fim, no que tange à pretendida fixação de regime prisional de cumprimento de pena diverso do fechado, bem como à almejada substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, verifica-se que essas matérias não foram analisadas pelo Tribunal de origem, até porque não foram objeto da apelação, pelo que inviável a apreciação dessas questões diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Nesse vértice, o seguinte precedente:

"[...]

1. Não tendo as matérias relativas à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e quanto à fixação do regime inicial de cumprimento da pena sido apreciadas pelo Tribunal de origem no julgamento do habeas corpus originário, a análise da controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça acarretaria indevida supressão de instância. Precedentes.

[...]

8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, deferida em parte para desconstituir o decreto prisional cautelar, determinando a expedição de alvará de soltura, caso o paciente não esteja preso por outro motivo, sem prejuízo de que venha a ser novamente decretada, com demonstração inequívoca de sua necessidade." (HC n.º 155.462/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15-4-2010, DJe 10-5-2010)

Ante o exposto, conhece-se parcialmente do presente *habeas corpus* e, nessa extensão, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0138089-1

HC 180.534 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200960000090957 90956220094036000

EM MESA

JULGADO: 21/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALOÍSIO FIRMO GUIMARÃES DA SILVA

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : CARLA CRISTINA MIRANDA DE MELO GUIMARÃES - DEFENSORIA
PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ROBERTH CUELLAR PEREIRA (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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.