



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.298 - SP (2010/0096667-3)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : JULIANA ALVES DE ALMEIDA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SEVERINO JOSÉ DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. **1.** APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. **2.** REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. **3.** ORDEM DENEGADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade de droga apreendida autoriza a aplicação do benefício inserido no art. 33, § 4º, do citado diploma legal, em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços).

2. No caso, o regime mais gravoso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 4 anos (diga-se, 2 anos e 5 meses de reclusão), levando em conta a quantidade e diversidade de droga apreendida em poder do paciente (42 invólucros de maconha, 39 tubos plásticos e 40 papelotes, ambos de cocaína, pesando aproximadamente 48g, 69,1g e 26,3g, respectivamente), circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

3. Habeas corpus denegado.

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 Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.298 - SP (2010/0096667-3)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Severino José da Silva, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, por ter sido surpreendido com 42 invólucros de maconha, 39 tubos plásticos e 40 papélotes, ambos de cocaína, pesando aproximadamente 48g, 69,1g e 26,3g, respectivamente.

Em sede de apelação criminal, foi dado provimento ao recurso da defesa para, aplicada a causa especial de diminuição prevista na Lei de Drogas, reduzir a pena do paciente para 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença.

Daí o **mandamus**, em que o impetrante alega que o Tribunal de origem aplicou o benefício do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no patamar de 1/2 (metade), e não na maior fração prevista em lei, somente com fundamento na quantidade de droga apreendida.

Argumenta a inconstitucionalidade por violação ao princípio da individualização da pena, da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

Afirma, ainda, que, aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o tráfico passa a ser privilegiado, possibilitando a fixação do regime aberto.

Busca, assim, a aplicação da aludida causa especial de diminuição de pena inserida no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo, bem como a fixação do regime aberto para o desconto da reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida pelo antigo relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, à fl. 269.

Instada a se manifestar, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 297/305).

As últimas informações, extraídas do endereço eletrônico do Tribunal de Justiça estadual, esclarecem que houve o trânsito em julgado do **decisum**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.298 - SP (2010/0096667-3)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Busca o impetrante, inicialmente, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), e a fixação do regime aberto para o desconto da reprimenda corporal.

Sempre nos lembrou Pontes de Miranda a importância do **habeas corpus**, isso em decorrência de toda matéria a que o instituto se refere, isto é, a liberdade de ir, ficar e vir. O só ajuizamento da ação penal condenatória já é suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves transtornos para aqueles que se envolvem no cenário criminal. Dessa forma, tem-se utilizado, não sem razão, do **writ** a fim de se garantir a efetividade do direito fundamental à liberdade e combater todo tipo de coação ou ameaça oriunda de ilegalidade ou abuso de poder.

Ocorre que o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é o recurso especial, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do **habeas corpus**, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

O **habeas corpus** presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionadas à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, conheço da presente impetração e passo a análise dos pedidos formulados na inicial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confira-se o que disse o Magistrado de primeiro grau ao deixar de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (fl. 181):

*Analizando o mérito, fixo a pena-base, para o delito do artigo 33, **caput**, da Lei 11.343/06, no mínimo legal, considerando-se as circunstâncias do fato e ausência de consequências mais graves, nos termos do artigo 59 do Código Penal, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, que torno definitiva, pois a condenação anterior é muito antiga, não gerando os efeitos da reincidência, porém, impede os benefícios previstos no § 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06, ainda, diante dos outros envolvimentos criminais do réu.*

No julgamento do apelo defensivo, o Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao recurso e aplicou a causa especial de redução da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, na fração mínima de 1/2 (metade), mediante os seguintes motivos (fl. 237):

Observa-se que o acusado preenche os requisitos do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Reduzo, devido à quantidade de invólucros apreendidos, a pena pela metade, fixando-a em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Como vimos, o Tribunal de Justiça, ao conceder o benefício da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, deixou de aplicá-lo em seu patamar máximo devido à quantidade da droga apreendida, fundamento que, à luz do art. 42 do mesmo diploma legal, autoriza a aplicação do redutor em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços).

Dessa forma, em meu sentir, mostra-se perfeitamente possível, a incidência da minorante em patamar inferior ao máximo previsto na Lei nº 11.343/2006 amparada na quantidade da droga sem que isso implique constrangimento ilegal a ser reparado em sede de **habeas corpus**.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

A - HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/2. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza da substância apreendida - 11 (onze) "tubetes" de "cocaína" - justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

4. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes.

5. Na hipótese dos autos, contudo, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão da natureza da droga apreendida, razão pela qual deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

6. Ordem denegada. (HC nº 203.626/SP, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe de 14/10/2011)

B - HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MOTIVOS DO CRIME. BUSCA DE LUCRO FÁCIL. CIRCUNSTÂNCIA PRÓPRIA DO TIPO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM PARTE. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, na fixação das penas, 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Não há falar em constrangimento ilegal na exasperação da sanção decorrente da culpabilidade acentuada da agente, porquanto a premeditação, ao contrário do dolo de ímpeto, está a apontar uma conduta mais censurável, diante do planejamento antecipado da ação criminosa, mostrando-se justificada, portanto, a elevação da pena-base sob esse argumento.

3. A busca do lucro fácil pelo autor do crime de tráfico de drogas é inerente ao próprio tipo penal violado, não podendo tal circunstância ser valorada negativamente no momento da aplicação da reprimenda básica.

4. Verificado que as instâncias ordinárias levaram em consideração a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção-base foi fixada um pouco acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos que justificam maior reprimenda.

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 JUSTIFICADA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. 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. Não há ilegalidade na aplicação do redutor mínimo de 1/6 (um sexto), por força do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, 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 a paciente - mais de 3 quilos de 'cocaína' -, cuja nocividade é maior do que a de outras drogas.

3. Não há **bis in idem** na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

[...]

3. **Habeas corpus** parcialmente concedido, apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 730 (setecentos e trinta) dias-multa, mantidos, no mais a sentença condenatória e o aresto objurgado. (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

162.376/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe de 2/9/2011.)

Melhor sorte não assiste ao impetrante quanto ao pleito de fixação de regime prisional aberto para o desconto da reprimenda imposta ao paciente.

Independentemente da discussão sobre o fato de que com a aplicação da minorante inserida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, configura-se o tráfico privilegiado, autorizando a aplicação de regime prisional diverso do fechado, o fato é que, no caso, o regime mais gravoso se mostra adequado.

Isso porque, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 4 anos (diga-se, 2 anos e 5 meses de reclusão), o regime mais gravoso se torna adequado, levando em conta a quantidade e diversidade de droga apreendida em poder do paciente (42 invólucros de maconha, 39 tubos plásticos e 40 papelotes, ambos de cocaína, pesando aproximadamente 48g, 69,1g e 26,3g, respectivamente), circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

Não destoia desse entendimento a jurisprudência desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

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, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que concluído pela instância ordinária que se dedica a atividades criminosas.

3. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do **habeas corpus**. Precedentes do STJ e do STF.

4. No caso, apesar de se tratar de réu primário e com bons antecedentes, entendendo que a quantidade e o tipo de entorpecente, não recomendam o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o início da expiação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Considerando que a pena ultrapassa 4 (quatro) anos de reclusão, não é viável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, conforme art. 44, I, do Código Penal.

*6. Ordem denegada. (HC nº 205.642, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 19/10/2011)*

Assim, não se mostrou irregular a atuação do Poder Judiciário, motivo pelo qual não diviso o alegado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0096667-3

HC 174.298 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2240120070592727 23452007 990090511699

EM MESA

JULGADO: 06/12/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JULIANA ALVES DE ALMEIDA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : SEVERINO JOSÉ DA SILVA

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."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.