



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.136 - SP (2010/0079470-4)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : HELOÍSA ELAINE PIGATTO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : CARMELA PINEDO SOLTO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. **1.** CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. REVISÃO DO **QUANTUM** DE REDUÇÃO. ANÁLISE SUBJETIVA. INVIABILIDADE. **2.** EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO. QUESTIONAMENTO DE LEI EM TESE. INVIABILIDADE NO ÂMBITO DO **HABEAS CORPUS**. **3.** FIXAÇÃO DE REGIME MENOS RIGOROSO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. DESCABIMENTO. **4.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TEMA PREJUDICADO PELO DIMENSIONAMENTO DA PENA. **5.** ORDEM CONHECIDA EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido da possibilidade de fixação da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006 em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços) quando as circunstâncias do art. 42 da mesma lei se mostrarem desfavoráveis.

2. Em relação a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, a irresignação sustenta que a conduta descrita no referido dispositivo importa em **bis in idem** se confrontada com o **caput** do art. 33 da mesma lei. Impossibilidade de se questionar, na via eleita, diploma legal em tese.

3. No caso, o regime mais rigoroso mostra-se adequado, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, levando em conta a quantidade e natureza de droga apreendida em poder do paciente, circunstância essa inclusive utilizada - como visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

4. A pena fixada em patamar superior a 4 (quatro) anos impede a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem conhecida em parte e, nessa extensão, 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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de agosto de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.136 - SP (2010/0079470-4)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Carmela Pinedo Solto, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Consta dos autos que no dia 18/7/2007 a paciente foi presa em flagrante no Aeroporto Internacional de Guarulhos, quando desembarcava de voo proveniente de Lima/Peru, transportando consigo 957 g (novecentos e cinquenta e sete gramas) de cocaína.

Após o transcurso da instrução criminal foi condenada à pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, c/c o art. 40, I, da Lei n.º 11.343/2006, negado o apelo em liberdade.

Dessa decisão, ambas as partes apelaram e a Quinta Turma do Tribunal Regional deu parcial provimento ao apelo, para fixar a pena em 4 (quatro) anos, 6 (seis) meses e 13 (treze) dias de reclusão e ao pagamento de 452 (quatrocentos e cinquenta e dois) dias-multa.

Daí a presente impetração em que se pleiteia, em síntese :

a) aplicação da causa de diminuição de pena de que cuida o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu grau máximo, já que preenchidos os pressupostos legais;

b) o afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, inciso I, da Lei n.º 11.343/2006;

c) a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, também por satisfeitos os pressupostos legais;

d) o estabelecimento de regime menos rigoroso para o cumprimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena.

As informações foram prestadas às fls. 65/76 e 77.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 83/90, pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.136 - SP (2010/0079470-4)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE(RELATOR):

Busca a presente impetração a aplicação da causa de diminuição de pena de que cuida o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu grau máximo, o afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, inciso I, da Lei n.º 11.343/2006, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o estabelecimento de regime menos rigoroso para o cumprimento da pena.

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 Tribunal 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 relacionados 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inciso LXVIII, conheço da presente impetração e passo à análise dos pedidos formulados na inicial.

De acordo com o que se extrai dos autos, a paciente foi presa em flagrante no dia 18/7/2007, no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, quando desembarcava de voo procedente de Lima/Peru, trazendo consigo o total de 957 g (novecentos e cinquenta e sete gramas) - peso bruto -, de cocaína (fl. 20/21).

No que se refere ao percentual de redução decorrente da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, cumpre transcrever escólio de Guilherme de Souza Nucci:

Critérios para a diminuição da pena: o legislador não estipulou quais seriam, apenas mencionado dever o magistrado reduzir a pena de um sexto a dois terços. cremos que, como sempre, deve o julgador pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código Penal, com a especial atenção lançada pelo art. 42 desta Lei: "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" (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pág. 372).

Com efeito, as instâncias ordinárias deixaram de operar a redução máxima prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, especialmente, devido às circunstâncias do delito, merecendo destaque a natureza e a quantidade da droga (957g de cocaína), fator que é preponderante para a fixação das penas no tráfico de entorpecentes, de acordo com o art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

A corroborar esse entendimento, sobretudo no que se refere à utilização da quantidade de droga apreendida como vetor para a fixação do percentual da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, colhem-se os seguintes precedentes:

A - PENAL. TRÁFICO. PRETENSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. REQUISITOS DA PRISÃO. TEMA PREJUDICADO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO EM RELAÇÃO AO PACIENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO DE 1/6. PRETENSÃO PELO MÁXIMO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NÃO OCORRÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Uma vez tendo a condenação transitada em julgado no tocante ao paciente, resta prejudicada a pretensão de revogação da prisão cautelar.

2. Concretamente fundamentada em um sexto a diminuição da pena, na terceira fase da dosimetria, dada a apreensão de grande quantidade de droga (mais de 290 gramas de maconha), não há ilegalidade

manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução. Precedentes desta Corte

e do Supremo Tribunal Federal.

3. **Habeas corpus** em parte prejudicado e, no mais, denegado.

(HC 155.729/SC, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 30/4/2012).

B - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. 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 escolha do redutor no patamar de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza e a quantidade de substância entorpecente apreendida com o paciente e o fato de ter incidido a majorante referente ao crime ter sido praticado próximo a estabelecimento de ensino.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DE EXAME PELA CORTE ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESSE PONTO.

1. A questão da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não ter sido debatida pelo Tribunal de origem, não pode ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada (HC 220.833/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe 10/2/2012).

Além disso, acentuou o acórdão que:

Entendo não incidir no caso o benefício em virtude das circunstâncias do delito (contato com agentes de organização criminosa atuando no tráfico internacional de entorpecentes) a revelarem propensão criminosa, destarte não se lobrigando o preenchimento do requisito cunhado na lei com a expressão "não se dedique às atividades criminosas".

A apreciação desse pleito por esta Corte é inviável na estreita via do **habeas corpus**, por necessitar de revolvimento do conjunto fático-probatório, providência incabível na estreita via cognitiva do **writ**, notadamente quando as instâncias ordinárias, soberanas na apreciação das provas, reconheceram a dedicação, pelo paciente, às práticas criminosas.

Em relação a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, a irresignação se sustenta no argumento de que a conduta descrita no referido dispositivo importa em **bis in idem** se confrontada com o **caput** do art. 33 da mesma lei. Não conheço, no pormenor, da impetração, por entender incabível questionar-se, na via eleita, diploma legal em tese:

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. SAÍDAS TEMPORÁRIAS. MONITORAMENTO ELETRÔNICO. LEI Nº 12.258/10. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO SUMULAR Nº 266 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Normas de caráter geral e abstrato, ainda que consideradas em desarmonia com a Constituição Federal, não podem ser impugnadas por meio de habeas corpus.

2. Aplicação do enunciado sumular nº 266 do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso a que se nega provimento.

(AgRg no HC 201.203/SP, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 1º/6/2011).

No que diz respeito à substituição da pena privativa de liberdade pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos, o não acolhimento do pleito de maior redução da pena torna prejudicado o exame acerca do tema.

Por fim, pretende a impetrante o estabelecimento de regime mais brando para o cumprimento da pena. Todavia, em virtude da natureza e quantidade da droga apreendida, não se vislumbra possibilidade de cumprimento de pena em regime diferente do fechado.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

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. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

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

4. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso - considerável quantidade, diversidade e natureza do entorpecente, bem como a estrutura existente na residência do paciente para facilitar a comercialização da droga - recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.

5. Pelos mesmos motivos, não se mostra socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

6. Ordem denegada (HC nº 182.316/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 19/10/2011).

Inexiste, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado na presente via.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0079470-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 171.136 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200761190060926 800542

EM MESA

JULGADO: 28/08/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : HELOÍSA ELAINE PIGATTO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : CARMELA PINEDO SOLTO (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 Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.