



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 140.637 - SP (2009/0126936-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LUCIANO BATISTA MENDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANO BATISTA MENDES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA E DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. O redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.
2. Verificado que o paciente é reincidente e se dedica à atividade criminosa, é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos no mencionado diploma, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar exame das provas.
3. Ordem denegada.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 11 de outubro de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 140.637 - SP (2009/0126936-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LUCIANO BATISTA MENDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANO BATISTA MENDES (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por LUCIANO BATISTA MENDES, em favor próprio, contra acórdão proferido pela 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do HC nº 990.80.035452-3.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no artigo 33, *caput*, a Lei nº 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime fechado, e 580 (oitenta) dias-multa, e absolvido da imputação de associação para o tráfico. Constou da sentença, no que interessa (fls. 60/61 e 69/70):

Na dosagem da pena do réu Luciano, levo em consideração as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixando a pena base no mínimo legal de 05 (cinco) ano de reclusão. Ante a reincidência (fls.50), acrescento a pena de 1/6 (um sexto). Ausentes outras circunstâncias que possa modificar a pena, torno-a definitiva neste ponto em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

(...)

Impossível a diminuição da pena do réu Luciano, art. 33, § 4º, do Código Penal, em razão de sua reincidência (fls. 50).

Contra a decisão do magistrado singular, a Defesa e o Ministério Público apelaram. O Tribunal estadual deu provimento ao recuso ministerial e negou provimento aos apelos defensivos, em acórdão assim fundamentado:

(...)

Restou comprovado nos autos que, no dia 07 de abril de 2007, por volta das 04h00, nas dependências do estabelecimento comercial denominado "Edson Lanches", sito à Rua Sargento Firmino Leão, nº 65, Vila Marcondes, cidade e Comarca de Presidente Prudente, os acusados foram surpreendidos por policiais militares na posse de 7,100g (sete gramas e cem miligramas) de "crack", na forma de duas porções, substância entorpecente causadora de dependência física e psíquica, trazida consigo para fins de entrega a consumo de terceiros.

Quedou igualmente demonstrado que, na seqüência, os milicianos dirigiram-se à residência dos acusados, localizada na Rua Ramon Barrios, nº 502, Furquim, cidade e Comarca de Presidente Prudente, e lá apreenderam outros 7,100g (sete gramas e cem miligramas) de "crack", no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

formato de uma pedra, além de 52,500g (cinquenta e dois gramas e quinhentos miligramas) de "maconha", divididos em três invólucros plásticos e vários tabletes prensados. Naquele local foram encontrados, ainda, uma tesoura, dois rolos de fita crepe, uma sacola plástica (parcialmente recortada) e a quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), em dinheiro.

A materialidade delitiva é inconteste (fls. 02/05, 06/09, 10/11, 12/13, 46/49, 58/61 e 62/65), sendo inafastável a autoria.

Em ambas as fases da *persecutio criminis* (fls. 03/04, 185/186 e 187/188), os réus negaram a prática da traficância. Admitiram, porém, a propriedade dos tóxicos apreendidos em sua residência, alegando que se destinavam a seu consumo próprio.

Todavia, suas versões exculpatórias restaram desmentidas no conjunto probatório.

Os policiais militares Rene Rodrigues Antônio (fls. 02), José Olímpio Sassi (fls. 189) Pedro Lemos de Alvarenga (fls. 190) e Nelson Ferreira de Melo (fls. 191) narraram, de forma detalhada, coesa e coerente, os passos das diligências por eles empreendidas. Contaram que, acionados para atender uma ocorrência de vias de fato dirigiram-se ao estabelecimento comercial denominado Edson Lanches e lá chegando, abordaram a acusada Gisele, com a qual foram encontradas duas porções de "crack" e a importância de R\$ 68,00 (sessenta e oito reais), em espécie. Relataram, outrossim, que, ao perceber a chegada da polícia, o co-réu Luciano (que também estava em referida lanchonete) empreendeu fuga. Prosseguindo com as diligências, rumaram até a casa dos acusados, onde lograram apreender três porções e diversos tabletes de "maconha", uma pedra de "crack", petrechos para o tráfico e R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), em pecúnia.

Mister esclarecer, nessa oportunidade, que o policial não está legalmente impedido de depor e o valor de seu depoimento não pode ser sumariamente desprezado.

Corroborando a palavra dos milicianos, há o auto de constatação preliminar (fls. 12/13) e os laudos de exame químico-toxicológico (fls. 46/49, 58/61 e 62/05), atestando não somente a quantidade e variedade de entorpecentes apreendida, mas também a forma de acondicionamento apresentada, típica da atividade de tráfico.

No mais tem-se que a testemunha de defesa Marlene Alves Matricardi (fls. 192) em nada contribuiu para a busca da verdade no caso em tela, pois meramente referencial.

O quadro probatório, portanto, contém elementos de convicção, de molde a não deixar dúvidas sobre a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes pelos acusados - e não de porte para consumo pessoal, como alegado pela defensoria.

Relativamente ao inconformismo do Parquet, buscando a reforma do capitula da sentença pertinente ao crime de associação para o tráfico (em relação ao qual os réus foram absolvidos, por força da ocorrência de litispendência), tem-se que merece prosperar.

Com efeito, impende salientar que, uma vez reconhecida a existência de litispendência, no tocante à irrogação do artigo 35 da Lei Antidrogas entre este feito e o Processo-crime nº 1004/2007 (da 3ª Vara Criminal da Comarca de Presidente Prudente - fls. 202/216), deveria o magistrado singular ter procedido ao trancamento, em parte, da presente ação penal - e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não à absolvição dos acusados, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

(...)

Dessarte, faz-se mister a correção de tal lapso, afim de determinar, quanto ao delito de associação para o tráfico, o trancamento da presente ação penal, por Jorça da ocorrência de litispendência.

Entretanto, mostra-se desnecessária a adoção da providência requerida pelo órgão acusatório - a saber, "desmembramento do processo e remessa de copia integral dos autos ao Juízo da Egrégia 3ª Vara Criminal" (fls. 259) -, tendo em vista que, aos 07.12.2007, a Ação Penal nº 1004/2007 (em curso perante aquele Juízo) viu-se julgada (fls. 202/216).

No tocante às reprimendas impostas, verifica-se que foram criteriosamente dosadas, anotando-se, inclusive, a inaplicabilidade, *in casu*, da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - em razão da reincidência de Luciano (fls. 131 e 132) e, também, por dedicarem-se os acusados, comprovadamente, à atividade criminosa.

Nada há, pois, a ser reparado.

Irresignada, a Defesa impetrou *Habeas Corpus* nº 990.09.130172-8 perante o Tribunal de origem, cuja ordem não foi conhecida, "determinando o encaminhamento dos autos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça" (fl. 49).

O paciente alega que faz jus à aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em especial por ostentar bons antecedentes, possuir trabalho e residência fixos e "não integrar facção criminosa" (fl. 03). Assevera que a autoridade tida por coatora "quedou-se inerte quanto à apreciação de tal benesse, o que causa presente prejuízo ao paciente" (fl. 03). Defende que o próprio magistrado singular, quando da prolação da sentença, demonstrou a "existência cabal das circunstâncias descritas no artigo 33, § 4º, da citada Lei de Tóxicos" (fl. 05).

Em abono à sua tese, menciona um precedente do Tribunal de Justiça Estadual no sentido de que o mencionado dispositivo legal teria criado "causa de redução de pena obrigatória (desde que presentes os requisitos legais), mais favorável ao agente, que inexistia na Lei nº 6.368/76" (fl. 06).

Salienta que a quantidade de drogas apreendida não constitui obstáculo à aplicação da referida causa especial de diminuição de pena, sob pena de afronta ao princípio constitucional do devido processo legal.

Defende que, se aplicado o *quantum* máximo de diminuição de pena ao paciente, será possível a substituição da pena por restritiva de direitos. Acrescenta que, "pela análise da lei e satisfação dos requisitos erigidos pelo artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, poderia o paciente iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto ou ter sua reprimenda corporal permutada pela restrição de direito" (fls. 09/10).

Requer, liminarmente, "o direito de diminuição de pena, no maior patamar previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, determinando, dessa forma, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recálculo do montante da reprimenda" (fl. 26). No mérito, pugna pela confirmação do pleito liminar.

Em despacho de fl. 53, o Ministro Paulo Gallotti, no eventual exercício da Presidência desta Corte Superior de Justiça, solicitou informações à autoridade tida por coatora, as quais vieram aos autos às fls. 58/87.

A liminar foi indeferida às fls. 101/102.

O Ministério Público manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 106/112).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 140.637 - SP (2009/0126936-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA E DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. O redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.
2. Verificado que o paciente é reincidente e se dedica à atividade criminosa, é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos no mencionado diploma, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar exame das provas.
3. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A ordem não comporta concessão.

Com efeito, o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Verifica-se, no caso em análise, que a instância ordinária afastou, de maneira acertada, a incidência da benesse legal, por verificar que o paciente é reincidente. Assim, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado.

A propósito, veja-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU REINCENTE. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURADO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/2007. ORDEM DENEGADA.

1. O Paciente foi preso em flagrante, no dia 14 de julho de 2009, quando trazia consigo, para entrega a terceiros, 08 kg de cocaína, divididos 9.790 porções.

2. Correta a negativa de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n.º 11.343/2006, tendo em vista a vedação legal expressa da concessão da benesse aos reincidentes. Acentua-se o acerto da recusa, como bem consignou a sentença condenatória, pela significativa quantidade de droga, que revela dedicação à atividade criminosa de tráfico de drogas.

3. Não resta caracterizado bis in idem na utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, aplicável apenas ao réu primário e de bons antecedentes. Precedentes.

4. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90.

5. Ordem denegada.

(HC 205.295/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 01/09/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. ORDEM DENEGADA.

1. Para a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o réu deve preencher cumulativamente os requisitos ali previstos, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.

2. Reconhecendo a sentença que o paciente é reincidente específico, não há como aplicar a minorante.

3. Habeas corpus denegado. (HC 137.159/PR, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 23/08/2010)

Ademais, o Tribunal de origem firmou, de modo claro, com base nas provas colhidas, que o paciente, se dedica a atividade criminosa, não havendo como, nesta sede, angusta por excelência, chegar a conclusão diversa.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO. CONSIDERAÇÕES ABSTRATAS. VALORAÇÃO NEGATIVA DE ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.

1. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

2. Na hipótese, do modo em que avaliadas, a personalidade, a conduta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

social, motivo e circunstâncias do paciente não comportam a exasperação operada. Isso porque partiu o Magistrado de conclusões abstratas, imprestáveis para a elevação da sanção.

3. Contudo, existem circunstâncias judiciais desfavoráveis como a quantidade e o tipo de droga apreendida - 22,80 g de cocaína, acondicionada em 53 sacos plásticos - além de material de apoio ao tráfico e três armas de fogo municionadas, demonstrando o acentuado grau de reprovabilidade de sua conduta, autorizando a fixação da pena-base acima do patamar mínimo, a saber, em 6 (seis) anos de reclusão.

4. 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 à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

5. 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 pelo Tribunal de origem que se dedica a atividades criminosas.

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

7. Embora a reprimenda não alcance oito anos de reclusão, o regime fechado deve ser mantido para o início da expiação, diante das particularidades do caso ora em análise, posto a quantidade e o tipo de droga apreendida, o material de apoio ao tráfico, bem como as três armas de fogo devidamente municionadas.

8. Ultrapassado o limite de quatro anos, descabe falar em substituição por restritivas de direitos. Ainda que assim não o fosse, as mesmas diretrizes acima explicitadas inviabilizariam o benefício.

9. Ordem parcialmente concedida para readequar a reprimenda recaída sobre o paciente, fixando-a, definitivamente, em 6 (seis) anos de reclusão, além de 600 (seiscentos) dias-multa, mantido o regime fechado para o início da expiação. (HC 174.679/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 19/09/2011)

DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Embora a paciente seja primária e de bons antecedentes, as instâncias ordinárias negaram-lhe a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em razão da natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, circunstâncias que indicariam a sua ligação com atividades criminosas.

2. Para se concluir que a paciente não se dedicava à atividades ilícitas seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Ordem denegada. (HC 203.494/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0126936-4

HC 140.637 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4820120070076460 7262007 990080354523 990091301728

EM MESA

JULGADO: 11/10/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES DE SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUCIANO BATISTA MENDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANO BATISTA MENDES (PRESO)

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.