



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.347 - RJ (2010/0178305-7)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : DIANA RODRIGUES MUNIZ
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO
PACIENTE : JOEL DE SOUZA OLIVEIRA JUNIOR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA INTERNACIONAL (ART. 33, CAPUT, C/C O ART. 40, INCISO I, AMBOS DA LEI 11.343/06). PENA: 4 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO E 400 DIAS-MULTA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06 E REDUÇÃO DA MAJORANTE DA TRANSNACIONALIDADE. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. PENA APLICADA PROPORCIONALMENTE, CONSIDERANDO A NATUREZA E A QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (5 KG DE COCAÍNA). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUESTÃO NÃO SUBMETIDA À APRECIACÃO DO TRIBUNAL *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. HC DENEGADO.

1. Embora o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida (5 Kg de cocaína) justificam a diminuição da pena em 1/3, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena, bem como o aumento em 1/5 pela transnacionalidade do delito, perto do percentual mínimo.

2. A questão da substituição da pena sequer foi submetida à apreciação do Tribunal *a quo*, inviabilizando o conhecimento da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. *Habeas Corpus* denegado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília/DF, 03 de março de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.347 - RJ (2010/0178305-7)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : DIANA RODRIGUES MUNIZ
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO
PACIENTE : JOEL DE SOUZA OLIVEIRA JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOEL DE SOUZA OLIVEIRA JUNIOR, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio TRF 2o. Região, o qual negou provimento ao Apelo defensivo, assim, ementado:

PENAL. ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006 - TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO MÁXIMA DO § 4o. DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE DOLO. APLICAÇÃO MÍNIMA DO ART. 40 I DA LEI Nº 11.343/2006. DIMINUIÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA.

1. *A materialidade e a autoria do crime foram comprovadas pelos laudos periciais, que concluíram que a substância apreendida era cocaína, e pela prisão em flagrante da apelante ao embarcar para o exterior com a substância entorpecente acondicionada em um compartimento oculto na sua bagagem.*

2. *Na aplicação do quantum aplicado referente a causa de diminuição da pena prevista no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/2006, foram analisadas pormenorizadamente todas as circunstâncias relevantes ou não que poderiam beneficiar o réu, tendo em vista a primariedade e bons antecedentes do réu, levando-se em consideração o iter criminis.*

3. *O réu foi flagrado com mais de 5 kg de cocaína, uma droga extremamente nociva, e em grande quantidade. Como reza o art. 42 da mesma lei: O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.*

4. *A majorante decorrente da transnacionalidade do delito, contida no art. 40, I, também da Lei 11.343/2006, foi aplicada quase em seu patamar mínimo, em conformidade com as diretrizes estabelecidas pela legislação penal.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. A questão deve ser examinada pelo Juízo de Execução, nos termos do art. 66 III f da Lei no. 7.210/84.

6. Recurso improvido (fls. 343/344).

2. Infere-se nos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 ano de reclusão, em regime inicial fechado, e 400 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/06, tendo sido preso em flagrante delito, no Aeroporto, tentando embarcar para o exterior transportando 5kg de cocaína.

3. No presente *writ*, alega o impetrante, em suma, que as circunstâncias judiciais do paciente são favoráveis, pelo que entende possível a aplicação, em seu grau máximo, da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06. Requer, ainda, a incidência, em seu grau mínimo, da majorante em decorrência da transnacionalidade do delito prevista no art. 40, inciso I, da mesma Lei. Por fim, postula a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. Indeferida a liminar (fls. 364), o MPF, em parecer do lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, manifestou-se pela denegação do *writ*. O parecer ministerial está, assim, ementado:

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4o. DA LEI 11.313/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDUÇÃO DO AUMENTO DA PENA PREVISTA NO ARTIGO 40, I, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. INTERNACIONALIDADE DO TRÁFICO. MAJORAÇÃO DA PENA EM 1/5 EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. CONVERSÃO QUE DESTOA DO RIGOR A QUE FORAM SUBMETIDOS OS CRIMES TIDOS COMO HEDIONDOS. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM (fls. 371/377).

5. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.347 - RJ (2010/0178305-7)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : DIANA RODRIGUES MUNIZ
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO
PACIENTE : JOEL DE SOUZA OLIVEIRA JUNIOR (PRESO)

VOTO

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA INTERNACIONAL (ART. 33, CAPUT, C/C O ART. 40, INCISO I, AMBOS DA LEI 11.343/06). PENA: 4 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO E 400 DIAS-MULTA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06 E REDUÇÃO DA MAJORANTE DA TRANSNACIONALIDADE. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. PENA APLICADA PROPORCIONALMENTE, CONSIDERANDO A NATUREZA E A QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (5 KG DE COCAÍNA). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUESTÃO NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. HC DENEGADO.

1. *Embora o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida (5 Kg de cocaína) justificam a diminuição da pena em 1/3, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena, bem como o aumento em 1/5 pela transnacionalidade do delito, perto do percentual mínimo.*

2. *A questão da substituição da pena sequer foi submetida à apreciação do Tribunal a quo, inviabilizando o conhecimento da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.*

3. *Parecer do MPF pela denegação da ordem.*

4. *Habeas Corpus denegado.*

1. *Alega-se na presente impetração, em síntese, a possibilidade de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incremento da fração redutora prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, uma vez que o paciente preencheria os requisitos legais; bem como a aplicação em grau mínimo da majorante em decorrência da transnacionalidade do delito. Requer-se, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

2. Inicialmente, confira-se, no tocante à fração redutora prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06 e a majorante da transnacionalidade da mesma Lei, o asseverado pelo Tribunal *a quo*:

Quanto ao pedido de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4o., da Lei no.11.343/2006, também não se verifica a alegada omissão. Ficou consignado no voto que o réu foi flagrado com mais de 5 kg de cocaína, uma droga extremamente nociva, e que tinha plena consciência de sua conduta. Assim, considerando o papel do réu ao atuar como mula, função que é indispensável para o sucesso da empreitada criminosa, e sopesando as circunstâncias do art. 59 do CP, tem-se que o magistrado a quo já foi até mesmo condescendente ao aplicar a pena no mínimo legal.

Por fim, não há contradição em aplicar a causa de aumento de pena da transnacionalidade (art. 40, I, da Lei no. 11.343/2006) à base de 1/5, percentual muito próximo do mínimo, que levou em consideração as circunstâncias fáticas presentes no caso concreto, não destoando do montante de pena aplicado (fls. 345).

3. Na hipótese, está justificado o percentual de 1/3 para a diminuição da pena, sendo perfeitamente possível a utilização da quantidade e da natureza da droga para tal balizamento. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4o., DA NOVA LEI DE TÓXICOS. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA.

1. O art. 42 da Lei no. 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 § 4o. do art. 33 do mesmo diploma legal.

2. Na espécie, embora não seja expressiva a quantidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga, a natureza das substâncias apreendidas milita em desfavor do Paciente. Assim, considerando o fato de que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, faz jus o Paciente ao grau intermediário de redução, qual seja: 1/2.

3. *Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória, tão-somente, no que diz respeito à dosimetria da pena, que fica quantificada em 02 anos e 06 meses de reclusão, e 250 dias-multa. (HC 134.249/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 14.09.09).*



PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DE DROGA. UTILIZAÇÃO COMO PARÂMETRO PARA DEFINIR A QUANTIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO (FATO ANTERIOR À LEI 11.464/07). REGIME PRISIONAL ABERTO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1o. DO ART. 2o. DA LEI No. 8.072/90 DECLARADA PELO STF.

1. *A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4o., da Lei 11.343/06, 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.*

2. *No caso concreto, revela-se correta a decisão que, tratando-se de acusado primário, de bons antecedentes e que não se dedica à atividades criminosas nem integra organização criminosa, aplicou a causa de diminuição de pena no percentual de 1/6 (um sexto), diante da quantidade de droga apreendida (sessenta e cinco pequenos tabletes de maconha).*

3. *O c. Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1o. do art. 2o. da Lei no. 8.072/90, é inconstitucional.*

4. *Assim, uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2o., alínea c, e § 3o., c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o condenado, por crime hediondo ou equiparado, cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto (Precedentes). Habeas corpus parcialmente concedido. (HC 122.106/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 22.06.09).

4. Ademais, como bem asseverou o *Parquet* Federal em seu parecer, as circunstâncias fáticas do caso concreto indicam a correção do acórdão impugnado quanto ao percentual de majoração da pena em razão da transnacionalidade do delito, perto do seu patamar mínimo.

5. Referente à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, verifica-se que o Tribunal *a quo* não se manifestou sobre o tema, uma vez que sequer foi suscitado nas razões de Apelação. Dessa forma, inviável o conhecimento direto da questão por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO-DEBATIDA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO-DEMONSTRADO. NULIDADE NÃO-ARGUIDA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. *A análise da tese de inocência do paciente, por negativa de autoria dos delitos, demanda aprofundada valoração do conjunto fático-probatório dos autos, inviável em sede de habeas corpus.* 2. *A matéria relativa à substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos não foi objeto de exame pelo Tribunal a quo, razão por que não pode ser analisada por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supressão de instância.

(...). (HC 112.469/AM, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 08.03.2010)

✧ ✧ ✧

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA DESNECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

(...).

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 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, tendo em vista que essa questão não foi apreciada pela instância de origem, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.*

2. *Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida em parte a ordem para, afastando o regime integralmente fechado de cumprimento de pena, determinar ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que analise a eventual possibilidade de fixar ao paciente o regime prisional mais brando, como pretendido. (HC 151.844/BA, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 18/10/2010).*

6. *Como bem assinalado pela ilustre Ministra MARIA THERESA DE ASSIS MOURA, embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição (HC 154.333/SP, DJe 04.10.2010).*

7. *A questão deverá, portanto, no caso de trânsito em julgado da*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação, ser submetida ao Juízo da Execução.

8. Ante o exposto, denega-se a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0178305-7

HC 186.347 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200951018115689

EM MESA

JULGADO: 03/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DIANA RODRIGUES MUNIZ

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

PACIENTE : JOEL DE SOUZA OLIVEIRA JUNIOR (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, denegou a ordem."

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