



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 176.402 - SP (2010/0110132-1)**

**RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**ADVOGADO : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO**  
**PACIENTE : ANTONIO JUAN COLL TRABAL (PRESO)**

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, I, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDO AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias levaram em consideração especialmente a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente para a exasperação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (3.330 gramas, peso líquido, de cocaína).

2. Mostra-se devido o reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que restou devidamente comprovado que a substância entorpecente apreendida em poder do paciente seria transportada para Dakar, no Senegal.

3. Não há *bis in idem* na condenação do paciente pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, com incidência da causa especial de aumento prevista no inciso I do art. 40 da Lei de Drogas, uma vez que o fato de ter guardado e trazido consigo a droga constitui elemento suficiente apenas para configurar a adequação típica da conduta à norma penal incriminadora, distinto, pois, das razões que



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levaram à configuração da majorante prevista no inciso I do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, a qual foi aplicada em razão de ter se evidenciado que a substância entorpecente transportada pelo paciente seria destinada a Dakar/Senegal.

4. Este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõem-se como critérios a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. Ausente constrangimento ilegal no ponto em que foi aplicada a fração de 1/3 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente (3.330 gramas, peso líquido, de cocaína), bem como as demais circunstâncias do caso concreto.

6. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

7. Não há como substituir a sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo, já que o paciente restou definitivamente condenado à reprimenda superior ao limite de 4 anos previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal, bem como da ausência de cumprimento do elemento subjetivo, tendo em vista a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas em seu poder, circunstâncias que, somadas às peculiaridades do caso concreto, evidenciam que a substituição da sanção reclusiva não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

8. Evidenciada a gravidade concreta do crime cometido, em razão da natureza e da elevada quantidade da droga apreendida, mostra-se devida a continuidade da segregação cautelar do paciente para a garantia da ordem pública, especialmente em se considerando que permaneceu preso durante todo o feito.

9. Ordem denegada.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 21 de agosto de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.402 - SP (2010/0110132-1)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR:** Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de **Antonio Juan Coll Trabal**, apontando como autoridade coatora a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deu parcial provimento à Apelação n. 0004101-22.2009.4.03.6119/SP, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 4 anos, 4 meses e 26 dias de reclusão, mais multa, nos autos da ação penal em que restou condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que, não obstante o preceituado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a **pena-base** do paciente teria sido demasiadamente exasperada, visto que a quantidade de substância entorpecente apreendida em seu poder não teria sido tão elevada, consideradas outras apreensões da alçada federal.

Da mesma forma, considera que a natureza da droga apreendida em poder do paciente (cocaína) não poderia ensejar o aumento da pena-base, uma vez que haveria outras substâncias entorpecentes dotadas de maior potencialidade lesiva, como o *ecstasy* e o *crack*, por exemplo.

Defende que deveria ser **afastada a causa especial de aumento prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006** (transnacionalidade do delito), tendo em vista que alguns dos núcleos previstos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 são *importar* e *exportar*, de maneira que não haveria como importar/exportar droga e não incorrer na majorante prevista no art. 40, I, dessa mesma lei federal.

Assim, entende que configura *bis in idem* a incidência conjunta do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e da majorante prevista no inciso I do art. 40 da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesma lei federal.

Argumenta, ainda, que a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas deveria ter sido aplicada no **patamar máximo de 2/3**, e não em 1/3, como procedido pelas instâncias ordinárias.

Observa que *a colaboração eventual com organização criminosa não exclui o direito de aplicação da causa de diminuição de pena em seu grau máximo* (fl. 12). Pondera que *não há que se considerar a quantidade e/ou qualidade da droga apreendida ou a transnacionalidade do delito quando da análise da aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, posto que as circunstâncias expostas nesse dispositivo penal já foram utilizadas quando da fixação da pena-base e da causa de aumento de pena* (fl. 12).

Defende, outrossim, que a pena privativa de liberdade imposta ao paciente deveria ser **substituída** por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Considera, por fim, que deveria ser concedido ao paciente o **direito de recorrer em liberdade**, uma vez que estariam ausentes quaisquer dos fundamentos autorizadores da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Entende que, com o advento da Lei n. 11.464/2007, passou a ser permitida a concessão de liberdade provisória aos acusados da prática de crimes hediondos e equiparados.

Requeru, liminarmente, fosse concedido ao paciente o direito de recorrer em liberdade, determinando-se a expedição de alvará de soltura em seu favor.

No mérito, pugna para que:

a) seja a pena-base reduzida ao mínimo legal;

b) seja afastada a causa especial de aumento prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006 (transnacionalidade do delito);



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

c) seja aplicada em 2/3 a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas;

d) seja a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos; e

e) seja concedido ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

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 176.402 - SP (2010/0110132-1)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 7 anos, 8 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, porque, no dia 15/4/2009, foi preso em flagrante no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, quando estava prestes a embarcar em voo com destino a Dakar/Senegal, trazendo consigo, para fins de comércio ou de entrega a consumo de terceiros, no exterior, **3.330 g (três mil, trezentos e trinta gramas) de cocaína, peso líquido**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fl. 18).

Inconformada, a defesa interpôs apelação no Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento a fim de: a) reduzir a pena-base do paciente, b) diminuir para 1/6 a fração da majorante relativa à transnacionalidade do delito e c) aplicar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à razão de 1/3, tornando a reprimenda do paciente definitiva em **4 anos, 4 meses e 26 dias de reclusão**, mais multa.

No que tange à alegada inadequação da pena-base imposta ao paciente, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o trecho da sentença condenatória relativo à primeira etapa da dosimetria, *in verbis* (fls. 36/39):

[...]

**A) culpabilidade:** a culpabilidade é circunstância judicial que deve ser valorada em prejuízo do acusado, no caso concreto. Considerando que a preparação da viagem do réu demandou tempo e esforços, resalto que o acusado não agiu de inopino, ao contrário, sabia que iria transportar entorpecentes, teve tempo para refletir a respeito dessa conduta e ainda assim persistiu no intento criminoso. Por esses elementos, sua culpabilidade



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

releva-se exacerbada.

**B) antecedentes:** no que concerne aos antecedentes, nada digno de nota nos antecedentes criminais do acusado às folhas 76 (Justiça Federal), 73 (Estadual) e 93 (Interpol).

**C) conduta social e personalidade:** da mesma maneira, nada digno de nota foi constatado no tocante à conduta social e à personalidade do acusado, além do desvio que o levou à prática delitiva.

**D) motivo:** o motivo do crime é circunstância que prejudica sensivelmente o acusado, pois sua conduta, que teve por finalidade o lucro fácil proporcionado pela narcotraficância, é o caminho fácil, a porta larga, o dinheiro ganho à custa do mal alheio, com caráter evidentemente egoístico.

**E) circunstâncias e consequências:** as circunstâncias e consequências do crime são altamente desfavoráveis ao réu. De fato, o acusado foi preso transportando **3.330 g (três mil, trezentos e trinta gramas)**, peso líquido, **de cocaína**, psicotrópico de elevado efeito nocivo ao organismo dos usuários. [...].

Anoto que referida circunstância judicial será especialmente considerada na fixação da pena-base do réu, tendo em vista a norma especial do artigo 42 da Lei de Tóxicos, que dispõe que a natureza e quantidade da droga terão preponderância em relação às demais circunstâncias.

**F) comportamento da vítima:** o comportamento da vítima em nada influenciou no cometimento do delito, porquanto o objeto jurídico tutelado na espécie é a saúde pública.

Dessa forma, das seis circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, três são absolutamente desfavoráveis ao réu. Relembro, uma vez mais, que preponderam nesta fase da fixação da pena a natureza e a quantidade da droga, em atendimento ao disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06.

Assim e, finalmente considerando as penas abstratamente cominadas no preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006 [...], fixo a pena-base em 6 anos e 6 meses de reclusão.

Do trecho anteriormente transcrito, verifica-se que o Juiz sentenciante, ao analisar as circunstâncias judiciais, considerou desfavoráveis ao paciente a culpabilidade, os motivos do crime, bem como as circunstâncias e as consequências do delito (natureza e quantidade de drogas apreendidas).

A Corte de origem, por sua vez, afastou a valoração negativa da culpabilidade e dos motivos do delito, mas manteve a fixação da pena-base acima do mínimo legalmente previsto, em razão da natureza e da quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente, consoante a seguir descrito (fl. 98):



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Não se pode olvidar que a cocaína constitui uma substância entorpecente de alto poder deletério para a saúde humana e, em virtude do potencial lucrativo de sua comercialização, passou a ser tornar uma dos maiores problemas de saúde pública do país.

Além disso, a considerável quantidade de droga apreendida em poder do acusado, perfazendo um total de 3.330 g (três mil, trezentos e trinta gramas), não pode ser desprezada.

Por tais fundamentos, reduzo a pena-base imposta ao acusado a 06 (seis) anos de reclusão, *quantum* que considero adequado e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

[...]

De plano, cumpre salientar que, conforme entendimento consolidado neste Superior Tribunal, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias pela via do *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, reconhecíveis de plano, atinentes a questões objetivas, sem que haja a necessidade de incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

*In casu*, observa-se que as instâncias ordinárias, quando da análise das circunstâncias judiciais, consideraram desfavoráveis ao paciente especialmente a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que assim determina:

Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, **com preponderância** sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (grifo nosso).

Com efeito, as instâncias de origem, ao estabelecerem a pena-base do paciente acima do mínimo legalmente previsto, destacaram que **foram apreendidos em seu poder 3.330 g (três mil, trezentos e trinta gramas), peso líquido, de cocaína, substância entorpecente de alto poder deletério para a saúde humana** (fl. 98), consoante bem observou a Corte estadual, o que evidencia que as instâncias ordinárias atuaram em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendida, a afastar o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente nesse ponto.

Nesse sentido, o seguinte julgado deste Tribunal:

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA MÍNIMO LEGAL E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE GENÉRICA NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS.

1. Não obstante a primariedade e os bons antecedentes do paciente, tem-se que a pena-base foi aplicada fundamentadamente acima do mínimo legal, **haja vista a transnacionalidade do delito, a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida - 1.117,41 g de cocaína -, circunstâncias que demonstram o acentuado grau reprovabilidade de sua conduta.**

[...]

6. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 156.346/PE, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 8/9/2011)

Quanto à causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do art. 40 da Lei de Drogas (transnacionalidade do delito), colhe-se da sentença condenatória o trecho a seguir descrito, no que interessa (fls. 31/34):

O caso em exame retrata hipótese típica e recorrente no Aeroporto Internacional de Guarulhos, de narcotráfico para o exterior.

A conduta foi praticada com o intuito de transportar entorpecente para fora do Brasil, tal como previsto no artigo 40, inciso I, da Lei n. 11.343/2006.

Vejam-se, nesse sentido, as provas coligidas nos autos, tais como a passagem aérea e o passaporte, apreendidos com o acusado, conforme consta do auto de apreensão de folha 13/14, o local e as circunstâncias da prisão em flagrante, juntamente com o depoimento das testemunhas demonstram a internacionalidade do tráfico, ou seja, o intuito de transferência da droga envolvendo mais de um país, caracterizada, portanto, a incidência da causa especial de aumento de pena. [...]

O Tribunal de origem, por seu turno, consignou o seguinte (fl. 95):

[...]

Inquestionável, outrossim, a transnacionalidade do delito, porquanto o acusado foi flagrado quando se encontrava em vias de embarcar em voo internacional com destino a Dakar, no Senegal.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Segundo o disposto no inciso I do art. 40 da mencionada lei federal, *in verbis*:

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

[...]

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

Na hipótese que se apresenta, mostra-se devida a incidência da majorante em comento, uma vez que as instâncias ordinárias, com respaldo em itens probatórios intrínsecos aos autos, assinalaram que a droga trazida pelo paciente estava em vias de ser transportada a outro país – Dakar, no Senegal –, não sendo possível, sobretudo pela via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária, desconstituir tal conclusão.

Com efeito, para entender de forma diversa da que concluíram as instâncias ordinárias, ou seja, para examinar se efetivamente não ficou evidenciada a transnacionalidade do delito, mostra-se necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, o que, como cediço, é incabível na via do *habeas corpus*.

Ademais, ressalte-se que, ao contrário do sustentado pela impetrante, não há falar que esteja configurado *bis in idem* na condenação do paciente pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e, ao mesmo tempo, na incidência da causa especial de aumento prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Isso porque o crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é de ação múltipla ou de conteúdo variado, uma vez que descreve várias condutas, **consumando-se com a realização de qualquer dos verbos nucleares descritos no tipo.**

E, no caso, o Juiz singular destacou que a conduta imputada ao



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente se enquadra no tipo penal aludido, uma vez que **guardou e trouxe consigo** a droga (fl. 18), elemento suficiente apenas para configurar a adequação típica da conduta à norma penal incriminadora, distinto, pois, das razões que levaram à configuração da majorante prevista no inciso I do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, a qual foi aplicada em razão de ter se evidenciado que a substância entorpecente transportada pelo paciente seria destinada a Dakar, no Senegal, circunstância essa que não está, de forma alguma, implícita na descrição típica prevista no *caput* do art. 33 da Lei de Drogas.

Aliás, foi exatamente esse o entendimento exarado pela Corte impetrada ao consignar que (fl. 99):

[...] não se cogita de *bis in idem* se a lei conferiu uma punição mais rigorosa ao agente que pratica as condutas típicas imbuído da pretensão de difundir a droga por outros países, apresentando uma culpabilidade mais intensa do que o criminoso que se presta à prática do mesmo delito no âmbito territorial do mesmo Estado.

Além disso, o delito em apreço é de natureza multitudinária, podendo o agente incidir no tipo penal praticando quaisquer um de seus verbos nucleares. O acusado praticou ao menos dois deles, mais precisamente nas modalidades "transportar" e "guardar", não tendo logrado êxito, todavia, em alcançar o seu objetivo principal, que era a exportação do narcótico.

[...]

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte trecho de julgado deste Superior Tribunal:

[...]

Com efeito, o art. 33 da Lei nº 11.343/06, só estabelece a conduta proibida pela norma penal, que será levada em consideração no primeiro momento da dosimetria, juntamente com os critérios do art. 59, do Código Penal e com o art. 42, da Lei n.º 11.343/06.

Por sua vez, a transnacionalidade, enquanto causa de aumento de pena, será considerada no último momento do sistema trifásico, sendo que não está implícita na descrição típica prevista no art. 33. Por este motivo, entendo não haver que se falar em *bis in idem* na aplicação da referida causa de aumento de pena.

(HC n. 155.018/SP, Ministro Adilson Macabu, Quinta Turma, DJe 9/2/2012)

Dessa forma, estando devidamente configurada a transnacionalidade



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do delito de tráfico de drogas praticado pelo paciente, com base em elementos concretos dos autos que evidenciam que a droga seria transportada para Dakar/Senegal, não há nenhum constrangimento ilegal a ser sanado pela via eleita nesse ponto.

Relativamente à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal impetrado entendeu devida a incidência da fração de **1/3**, *tendo em vista que a quantidade e a natureza da droga, a transnacionalidade do delito e as demais circunstâncias em que praticado o crime denotam que o acusado colaborava, ainda que de forma eventual, com organização criminosa voltada para a traficância internacional, não fazendo jus, portanto, à aplicação da fração máxima de redução* (fl. 100).

No tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista para a redução de pena pela causa especial de diminuição em questão, este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõem-se como critérios a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Por essas razões, a partir da interpretação das disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a fração de 1/3 de diminuição de pena, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, especialmente a **quantidade** e a **natureza** da droga apreendida, tendo em vista que o paciente foi preso em flagrante no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, quando estava prestes a embarcar em voo com destino a Dakar/Senegal, trazendo consigo, para fins de comércio ou de entrega a consumo de terceiros, no exterior, **3.330 g (três mil, trezentos e trinta gramas) de cocaína, peso líquido**, elementos que, somados, justificam uma maior reprimenda penal e impedem, por sua vez, a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da maior fração legalmente prevista, como pretendido.

A propósito, consoante julgado do Supremo Tribunal Federal: *O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo* (STF, HC n. 105.950/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, publicado em 1º/2/2011).

No que se refere à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o Juiz sentenciante entendeu inviável proceder-se à almejada permuta, pelos seguintes fundamentos (fls. 49/50):

Finalmente, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal Brasileiro, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou pecuniária ou, ainda, a suspensão condicional da pena, tendo em vista a análise desfavorável dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal feita no corpo da sentença e o *quantum* fixado (pena privativa de liberdade superior a 4 anos).

O Tribunal impetrado, por seu turno, manteve a negativa de substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos, *haja vista que a sanção penal concretamente aplicada ao acusado [...] supera o limite previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal* (fl. 100).

Certo é que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, da relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo.

Assim, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expressões constantes dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei n. 11.343/2006 pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Mas, para a substituição da sanção privativa de liberdade por penas alternativas, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da benesse, previstos no art. 44 do Código Penal, que estabelece que:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

E, na espécie dos autos, verifica-se que foi negada ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos especialmente em razão da **ausência de cumprimento do requisito objetivo**, já que restou definitivamente condenado à pena de 4 anos, 4 meses e 26 dias de reclusão, superior, portanto, ao limite de 4 anos previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal, e também em virtude da **ausência de cumprimento do elemento subjetivo**, tendo em vista a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas em seu poder quando tentava embarcar em voo com destino a Dakar/Senegal, tanto que a sua pena-base restou fixada acima do mínimo legalmente previsto, a teor do que dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, circunstâncias que, somadas às peculiaridades do caso concreto, evidenciam que a substituição da sanção reclusiva **não se mostrará suficiente** para a prevenção e repressão do delito perpetrado.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, no que se refere ao pretendido direito do paciente de recorrer em liberdade, melhor sorte não socorre a impetrante, tendo em vista a existência de elementos concretos nos autos, ensejadores da necessidade da custódia cautelar para a **garantia da ordem pública**, em razão da **gravidade concreta do delito cometido**, bem evidenciada pela natureza e pela elevada quantidade da droga apreendida em poder do paciente, no momento em que tentava embarcar no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, circunstâncias que demonstram a potencialidade lesiva da infração noticiada, a justificar a continuidade da segregação cautelar, especialmente em se considerando que o paciente permaneceu preso durante todo o feito, *que é estrangeiro e não demonstrou desenvolver qualquer atividade lícita no país, não possuindo qualquer vínculo com o distrito da culpa* (fl. 101), consoante bem ponderou a Corte impetrada.

Nesse norte, o seguinte julgado:

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ORDEM DENEGADA.**

1. Mostra-se plenamente fundamentada a manutenção da custódia provisória, já que apontados elementos concretos justificadores da medida extrema, notadamente a grande quantidade de drogas apreendidas - mais de 2 quilos de cocaína e de 16 quilos de maconha -, circunstância essa que evidencia a gravidade concreta do delito e a periculosidade social dos pacientes, ambas ensejadoras de risco à ordem pública, não havendo falar, pois, em constrangimento ilegal.

2. Ademais, os pacientes responderam a todo o processo presos, fato esse que, apesar de não ser motivo bastante para a manutenção da custódia antecipada se considerado de per si, a legitima quando aliado a outros elementos como, por exemplo, a aludida gravidade do crime. Cumpre ressaltar, por fim, que a sentença condenatória afirma ser um dos pacientes reincidente específico.

3. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 154.077/MG. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, DJe 8/9/2011)

Ante o exposto, **denego** a ordem.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0110132-1

**HC 176.402 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200961190041011 41012220094036119

EM MESA

JULGADO: 21/08/2012

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                                    |
|------------|----------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO                      |
| ADVOGADO   | : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO           |
| PACIENTE   | : ANTONIO JUAN COLL TRABAL (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.