



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.153 - SP (2011/0215841-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ADEMIR RAFAEL (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIOGO RODRIGUES DOS SANTOS PIRES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 à pena imposta ao paciente, visto que a quantidade de droga apreendida - **4 kg de maconha** - e as circunstâncias que envolveram sua prisão levaram a conclusão de que não se tratava de traficante ocasional, ou seja, que se dedicaria a atividades delituosas.

2. Para concluir que o sentenciado não se voltava a atividades ilícitas, tampouco seria integrante de organização direcionada à prática de crimes, 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.

AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL. MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DE EXAME PELA CORTE ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT* NESSE PONTO.

1. A questão da alegada ausência de exame pericial das impressões digitais encontradas no material apreendido, por não ter sido debatida pelo Tribunal de origem, não pode ser apreciada nesta Corte superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Ordem parcialmente conhecida 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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2012. (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.153 - SP (2011/0215841-3)

IMPETRANTE : ADEMIR RAFAEL (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIOGO RODRIGUES DOS SANTOS PIRES

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI(Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de DIOGO RODRIGUES DOS SANTOS PIRES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu provimento à Apelação n.º 0004966-72.2009.8.26.0363, interposta pelo Ministério Público, para majorar a pena base em virtude da quantidade de droga apreendida e da personalidade do agente, bem como para excluir a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, restando a sanção definitiva do paciente em **6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, caput, da mencionada Lei Federal.**

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que seria necessária a coleta e análise das impressões digitais encontradas na embalagem em que a substância entorpecente foi apreendida para verificar se o paciente as teria manipulado.

Ressalta que deveria ser aplicado ao caso em tela o disposto no art. 564, inciso III, alínea *b*, do CPP, porquanto o mencionado exame pericial seria fundamental para comprovar a negativa de autoria sustentada pelo acusado.

Destaca que o paciente não possuiria condição financeira, nem tempo hábil para obter a expressiva quantidade de droga apreendida, pois seria um simples trabalhador rural e teria sido beneficiado com a liberdade provisória na tarde de 23-6-2009, vindo a ser preso em flagrante no dia seguinte pela manhã.

Salienta que o réu faria jus à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu patamar máximo, tendo em vista que é primário, possui bons antecedentes, não se dedicaria à prática de atividade ilícita e tampouco integraria organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 no patamar máximo, ou, restabelecida a fração imposta na sentença.

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem. (e-STJ fls. 186 a 187)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.153 - SP (2011/0215841-3)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI(Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de **3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado**, mais multa pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porque, segundo consta da denúncia, no dia 24-06-2009, o paciente, juntamente com o adolescente L E A *"agindo com unidade de desígnios e em concerto executório, tinham em depósito e guardavam, no interior de uma mochila, para fins de entrega ao consumo de terceiros, quase 04 (quatro) quilos de Cannabis Sativa L, popularmente conhecida como maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar."* (e-STJ fls. 11)

Irresignado, o *Parquet* interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado provimento, para majorar a pena-base em virtude da quantidade da droga apreendida e afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, redimensionando a sanção aplicada ao paciente para **6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da referida Lei Federal.**

No que se refere à almejada aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, o juiz sentenciante entendeu ser possível a incidência da benesse em favor do paciente, tendo reduzido-lhe a pena no patamar de 1/3 (um terço), sob os seguintes fundamentos:

"Na terceira etapa da fixação da pena verifico a presença da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas. Tal causa de diminuição incide porque o réu era primário, possuía bons antecedentes, não havendo indícios de que se dedicava, anteriormente aos fatos, à atividades ilícitas ou integrava organização criminosa. A fração da redução não deve ser a mínima em razão da grande quantidade de droga encontrada, consistente em: 3,950 quilos de Cannabis Sativa L. Reduzo, pois, sua pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*em 1/3, resultando em **03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão**, além de **332 (trezentos e trinta e dois) dias-multa**, mantido o valor unitário do dia-multa no mínimo legal." (e-STJ fls. 32 grifos no original)*

A Corte impetrada, por sua vez, acolhendo o reclamo ministerial, afastou a minorante em questão, tendo em vista que:

*"Embora o réu seja primário e, ao que consta nos autos, ainda possuidor de bons antecedentes, pois não há notícias de que o acusado tenha sido condenado pelo crime de furto, **a grande quantidade de droga apreendida (quatro quilos) e as circunstâncias em que se deu a prisão do réu, na estação rodoviária, entregando a droga para ser transportada para outro Estado-membro, são aspectos que não recomendam a aplicação da causa de diminuição.***

Estas circunstâncias revelam que o réu integra organização criminosa de tráfico de entorpecentes e faz do comércio nefasto meio de vida.

Nesse contexto, não se pode considerar o acusado como mero traficante eventual, já que a quantidade apreendida e o destino que se daria às substâncias entorpecentes, permitiria grande difusão, atingindo número considerável de pessoas.

Tem-se, portanto, que as peculiaridades do crime de tráfico de entorpecentes examinado nos presentes autos colidem frontalmente com um dos próprios requisitos estabelecidos pelo legislador na aludida mercê, qual seja, de que o agente não se dedique à atividade criminosa.

Ora, não se pode conceber que a prática do comércio de drogas em escala anormal de distribuição, lembrando a considerável quantidade de entorpecente localizada com o acusado, não traduza autêntico exercício de atividade criminosa.

Por todo o exposto, verificada a grande quantidade de droga, circunstância relevante para motivar a exasperação da pena-base e, em consequência, reconhecido que o réu faz do tráfico seu meio de vida, totalmente descabida a incidência da causa de redução da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006." (e-STJ fls. 41 e 42)

Sobre a minorante em questão, cumpre destacar que, na esteira do entendimento adotado por este Tribunal Superior, **"a expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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" (REsp n.º 1.021.782/RS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 23-2-2010, DJe 22-3-2010).

E, na hipótese que se apresenta, infere-se que o Tribunal *a quo* cassou o referido benefício por entender que a considerável quantidade de droga encontrada em poder do sentenciado, somada às demais circunstâncias que envolveram a sua prisão, evidenciaram que o paciente "*integra organização criminosa de tráfico de entorpecentes e faz do comércio nefasto meio de vida.*" (e-STJ fls. 41)

Com efeito, da leitura tanto da sentença quanto do acórdão impugnado percebe-se que o paciente foi encontrado na posse de **3,950 kg (três quilos e novecentos e cinquenta gramas) de maconha** (fls. 28), circunstância que, somada ao fato de ter sido preso na Estação Rodoviária da cidade de Mogi Mirim, onde repassaria a droga para terceiros para ser transportada até outra cidade, para ser revendida, levaram a Corte originária a concluir que não se tratava de uma traficante ocasional, mas sim que fazia do tráfico seu meio de vida, ou seja, que se dedicaria à atividades delituosas.

E, como já se decidiu:

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. PENA DEFINITIVA DE 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIALMENTE FECHADO. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4o. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA O RÉU. PACIENTE QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS, SEGUNDO RECONHECIDO PELO JUIZ DA VEC. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA, NO ENTANTO.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

2. Tal dispositivo faz referência expressa ao caput do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao princípio da proporcionalidade, **permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.**

3. No caso concreto, sua aplicação se mostra inviável, uma vez reconhecido, pelo Juiz da VEC, que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tanto assim que foi surpreendido com razoável quantidade de droga (20 pedras de crack e uma porção de maconha), que era comercializada por adolescentes, denotando atuação verdadeiramente organizada para a mercancia ilícita.

4. Conclusão diversa demandaria o revolvimento de fatos e provas, providência vedada em sede de Habeas Corpus, que possui rito célere e pressupõe prova pré-constituída do direito alegado. Precedentes.

5. Parecer do MPF pela concessão do writ.

6. Ordem denegada, no entanto.

(HC 149.526/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011 - destacamos)

No mesmo vértice, *mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado na sentença condenatória e no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais.

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias ressaltaram que a quantidade da droga apreendida com o Paciente - 263 invólucros plásticos com "cocaína" - evidencia o seu grau envolvimento com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.

3. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min.

CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.) 4. Ordem denegada.

(HC 208.376/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011 - grifamos)

Desta forma, não se pode dizer que Corte de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçou a sua incidência *in casu*, e, para concluir-se de forma diversa, ou seja, para examinar-se se o paciente efetivamente se dedicaria ou não a atividades criminosas ou se teria ligação com organizações criminosas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

Nesse sentido, pode-se colacionar:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. BENEFÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 44, 59 E 33, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL.

[...]

"4. Não há constrangimento ilegal sanável em sede de habeas corpus quando a instância ordinária entende que o acusado não preenche os requisitos necessários para a aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, uma vez que incabível na via eleita a dilação probatória que se faz necessária para reconhecer a presença da condição subjetiva exigida e que o condenado não se dedica à atividade ou integra organização criminosa.

[...]

"7. Habeas corpus denegado" (HC n.º 73.652/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 3-4-2008 - grifamos)

Por fim, quanto à alegada ausência de exame pericial das impressões digitais encontradas na embalagem em que a droga fora apreendida, verifica-se que a questão não foi dirimida pela Corte de origem, o que impede o exame da irresignação por este Sodalício, sob pena de supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, conhece-se parcialmente do *habeas corpus* e, nessa extensão, **denega-se a ordem**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0215841-3

HC 218.153 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2592009 3630120090049664 49667220098260363 888740 990102051404

EM MESA

JULGADO: 16/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADEMIR RAFAEL (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIOGO RODRIGUES DOS SANTOS PIRES

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